This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 097 772 9

Mather

Ersitzung der
Servituten.

PROPERTY OF
HARVARD LAW LIBRARY

HARVARD LAW LIBRARY

Received May 12, 1921

Die

Ersitzung der Servituten

mit

besonderer Berücksichtigung der Wegservituten.

---

von

Theodor Muther,

Doctor der Rechte.

Erlangen,

[illegible]

1853

Die

Ersitzung der Servituten

mit

besonderer Berücksichtigung der Wegservituten.

Von

Theodor Muther,

Doktor der Rechte.

Erlangen,
bei Theodor Bläsing.
1852.

MAY 12 1921

Seinem

theuren Vater

Georg Friedrich Anton Muther,

Herzogl. Sächs. Pfarrer,

widmet

diese Blätter

als ein Zeichen kindlicher Pietät und Dankbarkeit

Der Verfasser.

Vorwort.

Durchblättert man die Civilprozeßtabellen deutscher Gerichte, so wird man finden, daß, besonders in den Gegenden wo der Ackerbau vorherrschend ist, ein großer Theil der anhängigen und im Wege des ordentlichen Prozesses verhandelten Rechtsstreitigkeiten, sich auf Fahrt- und Wegdifferenzen beziehe. Meistentheils wird hierbei das Vorhandensein einer Servitut behauptet und diese soll durch Ersitzung erworben sein. Bei solcher praktischen Wichtigkeit der Servitutenersitzung ist es nicht zu verwundern, daß man sich mit der Theorie derselben vielfach beschäftigte, wobei in Ermangelung ausführlicher, genau bestimmender Gesetzesstellen sehr verschiedene Ergebnisse er-

zielt wurden. Es dürften im ganzen römischen Civilrecht wenige Fragen sein, welche ebenso mannigfaltig und divergirend beantwortet wären, als gerade die unsere. Auch der Gerichtsgebrauch, welcher doch sonst und oft mit recht plumpen Fingern verwickelte Fäden zu entwirren versucht hat, gab der in Rede stehenden Lehre keine bestimmte Gestaltung. So haben wir denn oft das traurige Schauspiel, einen Prozeß in den verschiedenen Instanzen auf ganz widersprechende Weise entschieden zu sehen, eine Thatsache, welche das Vertrauen des Volks zu seinen Rechtszuständen nur immer mehr und mehr erschüttern muß.

Unter diesen Umständen erschien es, trotz der vortrefflichen Bearbeitungen, deren sich unser Thema in neuerer Zeit von namhaften Männern zu erfreuen hatte, nicht überflüssig, dasselbe nochmals einer unbefangenen Betrachtung zu unterwerfen. Wir schmeicheln uns dabei nicht durch Neuheit der Gedanken unserer Darstellung einen besondern Glanz verlie-

hen zu haben, wir sind auch weit davon entfernt, durch das Gewicht der von uns in die Wagschale geworfenen Gründe die Kontroverse für abgeschlossen zu wähnen, aber wir haben mit Liebe und gutem Willen gearbeitet und so glauben wir denn, uns der Worte des hochverehrten v. Savigny erinnernd: daß, wenn Ernst und Liebe zur Sache uns geleitet hat, „jeder, auch der geringe Beitrag des Einzelnen sein dauerndes Leben findet", nicht vergebens unsere Mühe aufgewendet zu haben.

Wie der Gegenstand ein durchaus praktischer ist, so reiht sich auch unsere Abhandlung den praktischen Arbeiten an. Deshalb haben wir namentlich nicht in weitläufige historische Untersuchungen uns eingelassen, noch haben wir es vermocht, im kühnen Flug spekulativer Gedanken den Gegenstand aus der Vogelperspektive zu überschauen. In einfach schlichter Sprache soll in der dem Praktiker am zugänglichsten Form eines kleinen Kompendiums, das Resultat der bisherigen Forschungen gegeben werden, mit kritischer

Ausscheidung des Schlackenhaften, mit unbedingter Anerkennung des als Wahr Erkannten, wobei wir uns freilich auf eigenen Füßen zu gehen hie und da erlauben mußten.

So möge denn dieses Werkchen eben so wohlwollend aufgenommen werden, als es aus guter Gesinnung hervorgegangen ist. Wir empfehlen es der Nachsicht und einer milden Beurtheilung.

Koburg in der Weihnachtswoche 1851.

Dr. M.

Ueber die Ersitzung der Servituten, mit besonderer Rücksicht auf die Wegservituten. [1])

Kapitel 1.
Geschichtliche Einleitung.

§. 1.

Im älteren Civilrecht scheint man die Grundsätze der gewöhnlichen Usucapio, wie sie von jeher für das

---

[1]) Die Literatur unseres Gegenstands ist ziemlich reichhaltig. Von größeren Abhandlungen und Monographieen führen wir an: Galvanus, de usufructu c. 12; Ev. Otto Diss. de usucapione servitutum in ejusd. collect. Dissertationum. Traject. ad Rhen. 1728; Jo. Bapt. Andr. Loehlein in einem Würzburger Programm vom Jahre 1753 „quo (wie Glück sagt) communem opinionem de ordinaria praescriptione servitutum legibus et rationi repugnare demonstratur"; Carol. Guil. Walch, Dissertatio de praescr. servitutum constitutiva, Jen. 1797; Glück, Pandektenkommentar Band IX. S. 105 ff.; Dabelow über die Verjährung, Th. 1. §. 2 ff.; Thibaut, über Besitz und Verjähr. Th. II. §. 14 ff.; Stever, de servit. praedior. Rost. 1817, P. 1. c. 7; Neustetel und Zimmern, Römischrechtl. Untersuchungen 1821, I. S. 112; Unterholzner Verjährungslehre 1828 Th. II. §. 187 ff.; v. Seckendorff im Archiv für civilistische

Eigenthum bestimmt war, auch auf die Servituten, wenigstens gewisse Arten derselben, angewendet zu haben [2]).

Allein durch eine **Lex Scribonia** [3]), von welcher **Paulus** im **Fr. 4 §. 29 D. de usurp. et usucap.** (41, 3) erzählt, die außerdem aber ganz unbekannt ist und für deren Zeit sich, bei Ermangelung aller Grund-

---

Praxis Bd. IV., 11; Buss, de servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione Frib. 1829; v. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft B. III. Heft 1 № 5; Bessel, im Archiv für civ. Praxis B. XIII. 19.; Hasse im rhein. Museum Bd. II. S. 394 ff.

[2]) Marezoll, Lehrbuch der Institutionen, §. 108; Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 137; Glück, Pandektencomment. IX. S. 107 ff. Eine Erklärung der Worte des Cicero, orat. pro Caecinna c. 26: „Fundus a patre relinqui potest" etc. auf welche sich die im Text ausgesprochene Ansicht hauptsächlich stützt, s. bei Glück a. a. O. S. 109. Not. 92 und bei Unterholzner a. a. O. §. 196. —

[3]) Nach Haloanders Ausgabe „Lex Voconia", welcher Lesart auch Donellus, Com. jur. civ. Lib. V. c. 22. pag. 214 seinen Beifall geschenkt hat. Dagegen aber ist Gothofredus in Not. ad Fr. 4 cit. — Ueber die Lex Scribonia existirt eine weitläufige Literatur, die aber zu sehr wenig positiven Resultaten gekommen ist. Wir nennen bloß: Jacob. Raevardus ad Legem Scriboniam lib. singularis in ejusd. operib. Tom. II pag. 709 seqq. (Lugd. 1623); Greg. Majansius, Diss. de lege Scribonia; servitutum usucapionem prohibente (in ejusd. Diss. jur. civ. To. II. D. 68.); Jo. van de Water, Observat. jur. Rom. II. 18 etc.; Glück a. a. O. S. 110 ff.; Löhr, Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgeb. B. 3. Heft 1 Nr. 3 S. 120 — 128. Vorzüglich hat man sich darüber abgekämpft, ob die alte Usukapion der Servituten sich auf alle Servituten, oder nur auf einzelne Arten derselben, namentlich die Servitutes praediorum urbanorum erstreckt habe. Der letzteren Ansicht huldigen Löhr a. a. O., Buss, de servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione p. 11 sqq.

lagen der Untersuchung, nicht einmal eine wahrscheinliche Vermuthung, aufstellen läßt [4]), würde diese alte Usucapio servitutum aufgehoben [5]). Es bildete sich nun durch das prätorische Recht, unterstützt durch die Prudentum auctoritas und kaiserliche Konstitutionen [6]) eine neue, mit der longi temporis praescriptio nicht identische, aber aus ihr hervorgegangene und als erweiterte Anwendung derselben zu betrachtende, auch dieselbe Verjährungszeit beibehaltende, Ersitzung der Servituten aus [7]), welche diesen ganz eigenthümlich und nur auf sie anwendbar ist, indem der „longa quasi possessio," der „longa (longi temporis) consuetudo" oder dem „diuturnus usus" prätorischer Schutz in Gestalt einer utilis actio (confessoria) verliehen wurde. In dem letzten Punkt liegt nun auch der hauptsächlichste Unterschied zwischen dieser Servitutenersitzung und der longi temporis praescriptio; durch erstere wird ein Klagrecht erworben, — sie ist also, um diesen Ausdruck zu brauchen, eine Acquisitivverjährung; letztere aber war höchstwahrscheinlich im vorjustinianeischen Recht bloß eine Extinctivverjährung.

Die von dieser Servitutenersitzung sprechenden hieher gehörigen Stellen sind folgende:

Fr. 10 D. si serv. vind. (8, 5); Fr. 15 § ult. D.

Hameaux, die usuc. und praescr. long. temp. S. 30 ff.; von Wangerow Leitfaden I. §. 131. S. 698. Dagegen aber ist Schmidtlein im Archiv für civ. Praxis IX. S. 158. Not. 31.

[4]) Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 197.

[5]) Fr. 4. §. 29. D. de usurp. et usuc. (41, 3).

[6]) Glück, Pandekt. Komment. IX. 120; Unterholzner a. a. O. S. 147.

[7]) Glück a. a. O.; Unterholzner a. a. O. S. 148, 157 ff.

de. aq. et. aq. pluv. arc. act. (39, 3); Fr. 5 §. 3 de. itin. actuq. priv. (43 19); Fr. 28 de S. P. U. (8, 2); Fr. 25 Quemadm. serv. amitt. (8, 6); C. 1 C. de servit. (3, 34); C. 2 C. eod.

Justinian änderte, so wichtig auch die Reformen waren, welche er in der Lehre von der Verjährung überhaupt vornahm, doch bezüglich der eigenthümlichen Servitutenersitzung wenig [8]). Manche z. B. Höpfner in seinem Kommentar zu Heineccius Instit. §. 332, behaupten zwar, durch die C. ult. C. de long. temp. praescr. (7, 22) sei die Dienstbarkeitsersitzung des Justinianeischen Rechts ganz und gar mit der auf longum tempus beruhenden Eigenthumsersitzung identificirt worden, allein diese Ansicht ist, wie die untenfolgende Interpretation der allegirten Stelle zeigen wird, durchaus unbegründet [9]).

Bei dieser Gelegenheit müssen wir noch einer andern Ansicht mancher Rechtsgelehrten [10]) Erwähnung thun, welche zwar die für Servituten eigenthümliche Ersitzung bestehen läßt, aber daneben auch die justinianeische Usukapion für körperliche Sachen auf Servituten angewendet wissen will. So bestände dann neben der eigentlichen Servitutenersitzung (der sog. „anomalen Verjährung") und neben der 30, resp. 40jährigen Verjährung, welche, wie sich unten zeigen wird, auf Servituten auch anwendbar ist, für letztere noch eine dritte Ersitzungsweise, nach welcher persönliche Servituten an Mobilien durch dreijährigen und persönl. oder ding-

---

[8]) Glück a. a. O. S. 127.

[9]) Vergl. übrigens die Widerlegung Höpfners bei Unterholzner a. a. O. S. 202.

[10]) Vinnius select. quaest. jur. Lib. 1 c. 31; Westphal, de lib. et servit. praedior. §. 830 Not. 739 pag. 567. sqq.

liche Servituten an Immobilien durch 10, resp. 20jährigen Besitz erworben würden, natürlich alle übrigen Erfordernisse der ordentlichen Ersitzung vorausgesetzt. — Allein diese Ansicht, welche ein reines Phantasiegebilde ist, hat in der neuesten Zeit keine Vertheidiger mehr gefunden, ist also aufgegeben und wir können kurz über sie hinweggehen, indem wir auf das verweisen, was Dabelow über die Verjährung I. S. 360 ff., Glück, Pandektenkommentar IX. S. 128 ff. und Unterholzner Verjährungslehre II. S. 163 ff. zu ihrer Widerlegung vorbringen.

Kapitel 2.

Wirkung und Umfang der Servitutenersitzung.

§. 2.

1) Allgemeines.

Kann auch die Wirkung der Servitutenersitzung: Hervorbringen einer utilis actio confessoria, den klaren oben angeführten Gesetzesstellen gegenüber, nicht bestritten werden, so herrscht doch über den Umfang derselben durchaus keine Einigkeit, was bei ihrer so verschiedenartigen Auffassung überhaupt, so wie bei dem Mangel ausdrücklicher Vorschriften in den Quellen, nicht zu verwundern ist. Hat schon, nimmt man einmal eine Servitutenersitzung an, die Ausdehnung derselben auf alle Servituten die meiste Wahrscheinlichkeit für sich, so ist doch dieselbe in neuerer Zeit (eine ältere Ansicht des Glossators Martinus Gosia vergl. Rogerii Benevent. de dissent. dom. opusc. ed. Haubold §. 87 u. Unterholzner a. a. O. S. 167 hat jetzt keine

Vertheidiger mehr) nach zweierlei Richtung hin angefochten worden, indem man 1) sagte, Servitutes discontinuae könnten nur durch unvordenkliche Zeit ersessen werden, eine Theorie, welche von den Glossatoren aufgestellt, die spätere Praxis unbedingt beherrschte, sich in den obersten Reichsgerichten Geltung verschaffte und noch jetzt hie und da ihre Vertheidiger findet [11]); sodann aber auch 2) behauptete, die Ersitzung sei unzulässig bei Personalservituten [12]).

§. 3.

2) Die Servitutenersitzung erstreckt sich auch auf Servitutes discontinuae.

Die Ausübung der Realservituten besteht entweder in einem ununterbrochen dauernden Zustand (Servitutes

---

[11]) Für diese Ansicht haben geschrieben: Brunnemann, Comment. ad L. 14 D. de servitut. Kramer, Wetzlar. Nebenstunden Th. 14. St. 3; Pfeifer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft II. S. 16; Fluch, Samml. der merkwürd. Entscheid. des Herzogl. Nassauischen O. A. G. zu Wisbaden II. S. 5. Nr. 1.; — Gegner derselben sind: Donellus (Com. jur. civ. Lib. XI. 11.); Leyser, (Medit. ad Pand. Spec. 108); Puffendorff, (Obs. jur. univ. Tom. 1. Obs. 32 §. 16.; Cocceji (Jus civ. controv. l. 8. Tit. 1. Qu. 6.); Struben, (rechtl. Bedenk. 4. Th. Bed. 6. u. 22.); Overbeck (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Med. 157); E. W. Walch (Diss. de praesc. servit. constitutiva §. 28.); Thibaut (über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36.); Glück (Pandekt. Komm. IX. S. 148 ff.); Unterholzner (Verjährungslehre II. §. 207.). Vergl. übrigens noch die bei Glück a. a. O. S. 148. Not. 5, 6, 7 u. S. 150 Not. 8. angef. Schriftsteller.

[12]) Heidelberger Jahrbücher, 1817 Nr. 36 S. 375; Neustetel und Zimmern, römischrechtl. Untersuchungen 1. S. 112 ff.; von Wening Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Ausg. §. 94.

continuae), oder in einzelnen dem Berechtigten zustehenhenden Handlungen (Servitutes discontinuae). Die erste Klasse enthält die meisten iura praediorum urbanorum, die zweite fast bloß iura praediorum rusticorum [13]).

Wenn nun von den servit. discont. behauptet wird, sie könnten nur durch unvordenkliche Verjährung (deren Anwendbarkeit auf Servituten übrigens von Unterholzner a. a. O. S. 161 ff. bestritten ist; vergl. auch die betreffenden §§. dieser Abhandlung) ersessen werden, — so ist wohl anzuerkennen, daß diese Ansicht auf einem praktischen Grund beruht, nämlich dem, die Servitutenersitzung zu beschränken, da allerdings durch sie das Grundeigenthum gefährdet werden kann und überhaupt die ratio legis [14]) der Ersitzung bei körperlichen Sachen nicht in vollem Maaße für die Servitutenersitzung ebenfalls vorhanden ist [15]); — allein in den Quellen ist nicht das Mindeste von dem enthalten, was behauptet wird, mithin ist dabei stehen zu bleiben, was im Allgemeinen angenommen wird, daß die Ersitzung auf alle Servituten anwendbar sei.

Die jenseitige Ansicht stützt sich auf folgende Stellen:

a) Fr. 14 pr. D. de serv. (8, 1).

b) Fr. 4 §. 29, verglichen mit §. 27 D. de usuc. (41, 3).

c) Fr. 3 §. 4. D. de aqua quot. et aestiv. (43, 20).

d) Fr. 1 §. ult., Fr. 2, 26 D. de aq. pluv. (39, 3).

---

[13]) v. Savigny, Recht des Besitzes §. 2, vergl. mit Unterholzner a. a. O. II. 129.

[14]) Diese ist ausgesprochen in Fr. 1 D. de usurp. (41, 3) verb. Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent.

[15]) Vergl. von Seckendorff im Archiv für civil. Prax. IV. S. 84 ff.

§. 4.

Zu a.) Im Fr. 14 pr. D. cit. wird zwar gesagt, Servitutes praediorum rusticorum könnten nicht usucapirt werden, weil sie zu den res incorporales gehörten, oder vielmehr: „quia sunt tales servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.“

Allein da schon im folgenden Satze (Idem et in serv. etc.) dasselbe von den servit. praedior. urbanor., die, wie wir gesehen, meist servit. continuae sind, gesagt wird, so kann damit nicht behauptet werden, blos die Servit. discontinuae seien nicht ersitzbar. Vielmehr bezieht sich die Stelle auf die Aufhebung der alten Servitutenersitzung durch die Lex Scribonia im Allgemeinen, hat also auf die neuere Servitutenersitzung gar keinen Einfluß.

§. 5.

Zu b.) Ebenso können wir in Fr. 4 §. 29 vergl. mit §. 27 cit. eine Begründung der jenseitigen Ansicht nicht finden. Der §. 29 redet von der Usucapio libertatis bei Servituten und führt als Beispiel die Servitus non altius tollendi auf und §. 27 von dem Untergang einer Servitus viae durch Non usus. Nun ist es eine bekannte Sache, daß Servitutes praedior. rusticor. durch einfachen Non usus untergehen, während bei den Servitut. praedior. urbanor. zu dem Non usus noch eine Usucapio von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache hinzukommen muß[16]), und dies findet

[16]) Fr. 6, Fr. 32 §. 1 de S. P. U. (8, 2); Fr. 18 §. 2 Quem. serv. (8, 6).

allerdings seine Begründung in der verschiedenen Beschaffenheit des Besitzes bei den beiderlei Arten der Servituten, in der Kontinuität desselben bei Servitut. praed. urbanor., in seiner Inkontinuität bei Servit. praedior. rustic. — Allein, wie hieraus für Servit rustic., oder sagen wir geradezu discontinuae die Unmöglichkeit einer erwerbenden Verjährung, die weder mit der alten Usucapio, noch der longi temporis possessio identisch ist, hervorgehen soll, ist uns wenigstens unbegreiflich.

§. 6.

Zu c u. d) Fr. 3 §. 4 cit., Fr. 1 §. ult., Fr. 2, 26, cit. sprechen zwar alle von unvordenklichem Besitz (wenn wir „vetustas" als solchen accipiren), allein daß dieser bei den Servitut. continuis **nothwendig** erfordert werde, oder die **ausschließliche** Verjährungsart sei, wird nirgends gesagt.

§. 7.

Als besondere Gründe für die diesseitige Ansicht können wir noch anführen, daß auch Justinian in C. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33), wo er am Ende von der Servitutenersitzung handelt, keinen Unterschied in Hinsicht der Servit. continuae und discontinuae macht [17]) und daß ja gerade das Wasserleitungsrecht, bei welchem insbesondere die erwerbende Verjährung erwähnt ist, in der Regel zu den Servit. praedior. rustic. gezählt wird, bei welchen ununterbrochener Besitz in den meisten Fällen nicht angenommen werden kann [18]).

---

[17]) Vergl. Glück, a. a. O. S. 149.

[18]) Unterholzner a. a. O. S. 167.

§. 4.

Zu a.) Im Fr. 14 pr. D. cit. wird zwar geſagt, Servitutes praediorum rusticorum könnten nicht uſukapirt werden, weil ſie zu den res incorporales gehörten, oder vielmehr: „quia sunt tales servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.“

Allein da ſchon im folgenden Satze (Idem et in serv. etc.) daſſelbe von den servit. praedior. urbanor., die, wie wir geſehen, meiſt servit. continuae ſind, geſagt wird, ſo kann damit nicht behauptet werden, blos die Servit. discontinuae ſeien nicht erſitzbar. Vielmehr bezieht ſich die Stelle auf die Aufhebung der alten Servitutenerſitzung durch die Lex Scribonia im Allgemeinen, hat alſo auf die neuere Servitutenerſitzung gar keinen Einfluß.

§. 5.

Zu b.) Ebenſo können wir in Fr. 4 §. 29 vergl. mit §. 27 cit. eine Begründung der jenſeitigen Anſicht nicht finden. Der §. 29 redet von der Usucapio libertatis bei Servituten und führt als Beiſpiel die Servitus non altius tollendi auf und §. 27 von dem Untergang einer Servitus viae durch Non usus. Nun iſt es eine bekannte Sache, daß Servitutes praedior. rusticor. durch einfachen Non usus untergehen, während bei den Servitut. praedior. urbanor. zu dem Non usus noch eine Usucapio von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache hinzukommen muß[16]), und dies findet

[16]) Fr. 6, Fr. 32 §. 1 de S. P. U. (8, 2); Fr. 18 §. 2 Quem. serv. (8, 6).

allerdings seine Begründung in der verschiedenen Beschaffenheit des Besitzes bei den beiderlei Arten der Servituten, in der Kontinuität desselben bei Servitut. praed. urbanor., in seiner Inkontinuität bei Servit. praedior. rustic. — Allein, wie hieraus für Servit rustic., oder sagen wir geradezu discontinuae die Unmöglichkeit einer erwerbenden Verjährung, die weder mit der alten Usucapio, noch der longi temporis possessio identisch ist, hervorgehen soll, ist uns wenigstens unbegreiflich.

§. 6.

Zu c u. d) Fr. 3 §. 4 cit., Fr. 1 §. ult., Fr. 2, 26, cit. sprechen zwar alle von unvordenklichem Besitz (wenn wir „vetustas" als solchen accipiren), allein daß dieser bei den Servitut. continuis nothwendig erfordert werde, oder die ausschließliche Verjährungsart sei, wird nirgends gesagt.

§. 7.

Als besondere Gründe für die diesseitige Ansicht können wir noch anführen, daß auch Justinian in C. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33), wo er am Ende von der Servitutenersitzung handelt, keinen Unterschied in Hinsicht der Servit. continuae und discontinuae macht [17]) und daß ja gerade das Wasserleitungsrecht, bei welchem insbesondere die erwerbende Verjährung erwähnt ist, in der Regel zu den Servit. praedior. rustic. gezählt wird, bei welchen ununterbrochener Besitz in den meisten Fällen nicht angenommen werden kann [18]).

---

[17]) Vergl. Glück, a. a. O. S. 149.

[18]) Unterholzner a. a. O. S. 167.

§. 8.

3) Die Servitutenersitzung erstreckt sich auch auf persönliche Servituten.

Die Gründe, welche Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Untersuchungen I. S. 112 gegen die Ausdehnung der Servitutenersitzung auf persönliche Servituten anführt, sind folgende:

1) Es spreche keine Stelle für Anwendung der Verjährung auf persönliche Servituten und was im Allgemeinen von den Servituten gesagt werde, gehe bekanntlich im Zweifel nur auf die dinglichen.

2) Die wichtigste der persönl. Servituten, der usus-fructus beschränke das Eigenthum so sehr, daß es bedenklich sei, durch bloßen Gebrauch ein solches im ganzen übrigen System auch nicht sehr begünstigtes Recht entstehen zu lassen.

3) Die Natur der dinglichen Servituten erfordere die Zulässigkeit einer Ersitzung, wie sie bei den Römern vorkommt, die der persönlichen aber keineswegs.

ad 1). Aus den Quellen kann wohl Manches für Anwendung der Ersitzung auf Personalservituten angeführt werden, dagegen aber nichts. Wäre nun auch keine einzige Stelle im entferntesten für die angegebene Ausdehnung, so wäre dennoch, — da Fr. 1. §. 23 de aq. et. aq. pluv. arc. act. (39, 3) verb.: Sane enim in Servit. etc. bei Erwähnung der longa consuetudo ganz allgemein von Servituten spricht, — kein aus den Quellen geschöpfter Zweifel vorhanden, daher auch die angegebene Präsumtion, wollte man ihre Richtigkeit überhaupt zugeben, nicht anwendbar.

ad 2). Wenn die Wichtigkeit des Rechts ein Grund sein sollte, keine Verjährung bei demselben zuzulassen, so wäre es höchst sonderbar daß gerade das umfassendste

aller Rechte, das Eigenthum, einer solchen unterworfen ist und zwar häufig einer dreijährigen, während der ususfructus, der doch gerade meistentheils an Mobilien stattfindet, immer erst, wie sich unten zeigen wird, in 10 resp. 20 Jahren ersessen werden kann.

ad 3). Aus der Erläuterung, die Zimmern zu seiner Behauptung giebt, geht erst hervor, was er eigentlich meint; er sagt, „es hänge oft die Benutzung oder die vollkommene recht vortheilhafte Benutzung eines Ackers oder Gebäudes von Beziehungen ab, die eine Beschränkung des Nachbars erheischten"—, kurz er sagt, es sei mitunter die Nothwendigkeit vorhanden, dingliche Servituten zu konstituiren und deshalb sei es gut, eine Verjährung zuzulassen. Wir geben zu, daß dieß häufig der Fall ist und das röm. Recht hat lediglich aus diesem Gesichtspunkt die sog. Legalservituten anerkannt. Allein diese letztern gehören nicht hierher und, was außerdem die Nothwendigkeit der Bestellung von Servituten anbelangt, so ist auch die Konstituirung von persönl. Servituten oft eben so nützlich, wie die von dinglichen. Durch die Nothwendigkeit der Bestellung dinglicher Servituten wird eine Ersitzung der persönlichen gewiß nicht ausgeschlossen.

§. 9.

Für die diesseitige Ansicht lassen sich aber auch noch folgende entscheidende Gründe anführen:

a) Der Umstand, daß wegen der Personalservituten, namentlich wegen des ususfructus die actio publiciana gestattet ist[19]), welche sich auf fingirte Vollendung der Ersitzung stützt und nur in solchen Fällen zu-

[19]) Fr. 11. §. 1 D. de act. Publ. (6, 2).

Eigenthum bestimmt war, auch auf die Servituten, wenigstens gewisse Arten derselben, angewendet zu haben [2]).

Allein durch eine **Lex Scribonia** [3]), von welcher **Paulus** im **Fr. 4 §. 29 D. de usurp. et usucap.** (41, 3) erzählt, die außerdem aber ganz unbekannt ist und für deren Zeit sich, bei Ermangelung aller Grund-

---

Praxis Bd. IV., 11; Buss, de servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione Frib. 1829; v. Löhr, Magazin für Rechtswissenschaft B. III. Heft 1 № 5; Bessel, im Archiv für civ. Praxis B. XIII. 19.; Hasse im rhein. Museum Bd. II. S. 394 ff.

[2]) Marezoll, Lehrbuch der Institutionen, §. 108; Unterholzner, Verjährungslehre II. S. 137; Glück, Pandektencomment. IX. S. 107 ff. Eine Erklärung der Worte des Cicero, orat. pro Caecinna c. 26: „Fundus a patre relinqui potest" etc. auf welche sich die im Text ausgesprochene Ansicht hauptsächlich stützt, s. bei Glück a. a. O. S. 109. Not. 92 und bei Unterholzner a. a. O. §. 196. —

[3]) Nach Haloanders Ausgabe „Lex Voconia", welcher Lesart auch Donellus, Com. jur. civ. Lib. V. c. 22. pag. 214 seinen Beifall geschenkt hat. Dagegen aber ist Gothofredus in Not. ad Fr. 4 cit. — Ueber die Lex Scribonia existirt eine weitläufige Literatur, die aber zu sehr wenig positiven Resultaten gekommen ist. Wir nennen bloß: Jacob. Raevardus ad Legem Scriboniam lib. singularis in ejusd. operib. Tom. II pag. 709 seqq. (Lugd. 1623); Greg. Majansius, Diss. de lege Scribonia; servitutum usucapionem prohibente (in ejusd. Diss. jur. civ. To. II. D. 68.); Jo. van de Water, Observat. jur. Rom. II. 18 etc.; Glück a. a. O. S. 110 ff.; Löhr, Magazin für Rechtswiss. und Gesetzgeb. B. 3. Heft 1 Nr. 3 S. 120 — 128. Vorzüglich hat man sich darüber abgekämpft, ob die alte Usukapion der Servituten sich auf alle Servituten, oder nur auf einzelne Arten derselben, namentlich die Servitutes praediorum urbanorum erstreckt habe. Der letzteren Ansicht huldigen Löhr a. a. O., Buss, de servitutum, quam vocant acquisitivam, praescriptione p. 11 sqq.

lagen der Untersuchung, nicht einmal eine wahrscheinliche Vermuthung, aufstellen läßt [4]), würde diese alte Usucapio servitutum aufgehoben [5]). Es bildete sich nun durch das prätorische Recht, unterstützt durch die Prudentum auctoritas und kaiserliche Konstitutionen [6]) eine neue, mit der longi temporis praescriptio nicht identische, aber aus ihr hervorgegangene und als erweiterte Anwendung derselben zu betrachtende, auch dieselbe Verjährungszeit beibehaltende, Ersitzung der Servituten aus [7]), welche diesen ganz eigenthümlich und nur auf sie anwendbar ist, indem der „longa quasi possessio," der „longa (longi temporis) consuetudo" oder dem „diuturnus usus" prätorischer Schutz in Gestalt einer utilis actio (confessoria) verliehen würde. In dem letzten Punkt liegt nun auch der hauptsächlichste Unterschied zwischen dieser Servitutenersitzung und der longi temporis praescriptio; durch erstere wird ein Klagrecht erworben, — sie ist also, um diesen Ausdruck zu brauchen, eine Acquisitivverjährung; letztere aber war höchstwahrscheinlich im vorjustinianeischen Recht bloß eine Extinctivverjährung.

Die von dieser Servitutenersitzung sprechenden hieher gehörigen Stellen sind folgende:

Fr. 10 D. si serv. vind. (8, 5); Fr. 15 § ult. D.

Hameaux, die usuc. und praesc. long. temp. S. 30 ff.; von Vangerow Leitfaden I. §. 131. S. 698. Dagegen aber ist Schmidtlein im Archiv für civ. Praxis IX. S. 158. Not. 31.

[4]) Unterholzner, Verjährungslehre II. §. 197.

[5]) Fr. 4. §. 29. D. de usurp. et usuc. (41, 3).

[6]) Glück, Pandekt. Komment. IX. 120; Unterholzner a. a. O. S. 147.

[7]) Glück a. a. O.; Unterholzner a. a. O. S. 148, 157 ff.

§. 12.

2) Dreißig- und mehrjährige Ersitzung der Servituten.

Mit Beantwortung der im vorigen §. behandelten Frage hängt eine andere eng zusammen, nämlich: ob bei Servituten eine dreißig- und mehrjährige Ersitzung stattfinde [26]). Nimmt man einmal an, daß gewisse Sachen nach Analogie der Usukapion bei res corporales der ordentlichen Servitutenersitzung entzogen seien, so muß man auch zugeben, daß bei denselben bezüglich der Servituten eben auch eine solche außerordentl. Ersitzung gelte, wie rücksichtlich des Eigenthums. —

Es läßt sich in der That nicht absehen, warum die ganz allgemeine Bestimmung der C. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (7, 39), daß Ansprüche aller Art in der Regel nach 30 Jahren nicht mehr stattfinden sollten, auf die actio negatoria nicht anzuwenden sei, wie z. B. Bessel, Archiv für civilist. Prax. XIII. S. 424, behauptet. Wenn der eben citirte Schriftsteller sagt, die actio negatoria gehöre nicht zu den actiones in rem per quas ius aliquod postulatur, von welchen die constituo cit. spreche und er sich dabei auf Fr. 5. D. si ususfruct. petatur (7, 6.) beruft, wo es heißt: Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno —, so vermischt er offenbar Nichtzusammengehöriges. Die eben citirte Stelle sagt in ihrem Zusammenhange nichts anderes, als daß das Recht des ususfructus ein Bestandtheil des Eigenthumsrechts sei und daß es daher vom Standpunkt des Eigenthümers aus nicht als ein vom Eigenthum sepa-

---

[26]) Diese Frage wird verneint von Puchta a. a. O. Nr. 4 und Bessel a. a. O. S. 423. ff.

rirtes Recht betrachtet werden könne. Wenn aber das Recht des usufructus von einem Anderen als dem Eigenthümer diesem gegenüber in Anspruch genommen wird und der letztere stellt die actio negatoria an, so gebraucht er allerdings eine „actio per quam ius aliquod postulatur", nämlich das einen integrirenden Bestandtheil seines Eigenthumsrechts bildende ius des usufructus.

Es beruht zwar hier sein Klaggrund nicht auf der Servitus usufructus, welche er etwa abgesondert von seinem Eigenthum hätte, wohl aber auf dem unbeschränkten Eigenthumsrecht selbst, und dieses ist das ius, welches verfolgt wird.

Ferner ist es unbegreiflich, warum Justinian, als er durch C. 8 §. 1 C. eod. die Klagenverjährung in allen Fällen, wo der Besitzstand 30 resp. 40 Jahre bona fide stattgefunden hatte, in eine Ersitzung verwandelte, so daß der fortgesetzte Besitz Eigenthum und somit eine dingliche Klage hervorbrachte, die Anwendung dieser Vorschrift auf die Verjährung der Servituten könnte ausgeschlossen haben[27]). Wenn in letzterer Beziehung Bessel a. a. O. S. 423 anführt, die const. 8. cit. beziehe sich nur auf körperl. Sachen und eine etwaige quasi possessio longissimi temporis würde ausdrücklich erwähnt sein, da die Verjährungslehre der Servituten überall, wo darauf Rücksicht zu nehmen sei, gedenke, so bleibt er uns für diese Behauptung den Beweis schuldig; denn die zwei Beispiele, auf die er sich beruft, haben nach den Grundsatz „exempla nil demonstrant", wenig beweisende Kraft.

---

[27]) Höpfner, Komm. §. 352; Cocceji, ius civ. controv. lib. 7. tit. 1, quaest. 3; Unterholzner a. a. O. S. 160 ff.

Vertheidiger mehr) nach zweierlei Richtung hin angefochten worden, indem man 1) sagte, Servitutes discontinuae könnten nur durch unvordenkliche Zeit ersessen werden, eine Theorie, welche von den Glossatoren aufgestellt, die spätere Praxis unbedingt beherrschte, sich in den obersten Reichsgerichten Geltung verschaffte und noch jetzt hie und da ihre Vertheidiger findet [11]); sodann aber auch 2) behauptete, die Ersitzung sei unzulässig bei Personalservituten [12]).

§. 3.

2) Die Servitutenersitzung erstreckt sich auch auf Servitutes discontinuae.

Die Ausübung der Realservituten besteht entweder in einem ununterbrochen dauernden Zustand (Servitutes

---

[11]) Für diese Ansicht haben geschrieben: Brunnemann, Comment. ad L. 14 D. de servitut. Kramer, Wetzlar. Nebenstunden Th. 14. St. 3; Pfeifer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft II. S. 16; Flach, Samml. der merkwürd. Entscheid. des Herzogl. Nassauischen O. A. G. zu Wisbaden II. S. 5 Nr. 1.; — Gegner derselben sind: Donellus (Com. jur. civ. Lib. XI. 11.); Leyser, (Medit. ad Pand. Spec. 108); Puffendorff, (Obs. jur. univ. Tom. 1. Obs. 32 §. 16.; Coccejī (Jus civ. controv. L. 8. Tit. 1. Qu. 6.); Struben, (rechtl. Bedenk. 4. Th. Bed. 6. u. 22.); Overbeck (Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 3. B. Med. 157); E. W. Walch (Diss. de praesc. servit. constitutiva §. 28.); Thibaut (über Besitz und Verjährung 2. Th. §. 36.); Glück (Pandekt. Komm. IX. S. 148 ff.); Unterholzner (Verjährungslehre II. §. 207.). Vergl. übrigens noch die bei Glück a. a. O. S. 148. Not. 5, 6, 7 u. S. 150 Not. 8. angef. Schriftsteller.

[12]) Heidelberger Jahrbücher, 1817 Nr. 36 S. 375; Neustetel und Zimmern, römischrechtl. Untersuchungen I. S. 112 ff.; von Wening Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts 2. Ausg. §. 94.

hung oder Verneinung der einen entscheidet, damit auch die andere beantwortet wird. Der iustus titulus ist nämlich das Substrat der bona fides, letztere ist ohne einen wirklichen oder Putativ-Titel gar nicht denkbar. Bei der Usukapion körperl. Sachen nennt man bona fides die vollkommene Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben [29]); wie wäre aber eine solche Ueberzeugung anders möglich, als indem Thatsachen vor-

---

Unterholzner a. a. O §. 210 ff. (Vergl. noch die bei Glück a.a. O. S. 140 Not. 86 citirten Autoren). Andere lassen die, wenigstens in Bezug auf das Erforderniß der bona fides, klaren Vorschriften des kanonischen Rechts außer Acht und begnügen sich, bald scientia domini fordernd, bald nicht, mit einem nec vi, nec clam, nec precario ausgeübten Besitz (z. B. Schifordegher ad Anton. Fabrum Lib. 1 Tract. 6 Qu. 5; Neller in Diss. de rebus praescribendis etc. Sectio II. §. 19, §. 24. (opusc. T. 1 P. III. Nro. 19); Puchta, Pandekt. §. 188; Hasse a. a. O. S. 398; Zimmern, a. a. O. S. 122; v. Wangerow, Leitfaden für Pandekt. Vorles. 1. S. 702 und die dort angeführten Schriftsteller). Dritte endlich fordern außer der bona fides noch einen iustus titulus als Requisit der Servitutenersitzung, indem sie dieses Erforderniß theils aus den Vorschriften des kanonischen Rechtes herleiten, theils aber auch behaupten, schon das röm. Recht habe dasselbe erfordert. Von den hieher gehörigen Schriftstellern sind die vorzüglichsten Duarenus (Disput. anniversar. lib. 1, c. 34); Raevardus (ad legem Scriboniam c. 7). Hellfeld (Jurispr. forensis I. §. 529 u. die dort angeführten Schriftsteller); Thibaut (über Besitz u. Verjährung, 2. Th. §. 36); Glück (a. a. O. S. 146 sub b); Bessel (im Arch. für civ. Praxis 13, S. 380 ff.). Besonders der zuletzt angeführte Schriftsteller hat die Frage würdig u. gründlich aus den Quellen des röm. Rechts selbst beantwortet. Vergl. außerdem noch die bei Glück a. a. O. S. 140 Not. 85 genannten Schriftsteller. Auch an Vermittelungsansichten hat es nicht gefehlt. Eine solche, sonst sehr verbreitete und von angesehenen Juristen vertheidigte widerlegt Glück a. a O. S. 141 ff.

[29]) Puchta, Pand. §. 157.

§. 4.

Zu a.) Im Fr. 14 pr. D. cit. wird zwar gesagt, Servitutes praediorum rusticorum könnten nicht usukapirt werden, weil sie zu den res incorporales gehörten, oder vielmehr: „quia sunt tales servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem; nemo enim tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.“

Allein da schon im folgenden Satze (Idem et in serv. etc.) dasselbe von den servit. praedior. urbanor., die, wie wir gesehen, meist servit. continuae sind, gesagt wird, so kann damit nicht behauptet werden, blos die Servit. discontinuae seien nicht ersitzbar. Vielmehr bezieht sich die Stelle auf die Aufhebung der alten Servitutenersitzung durch die Lex Scribonia im Allgemeinen, hat also auf die neuere Servitutenersitzung gar keinen Einfluß.

§. 5.

Zu b.) Ebenso können wir in Fr. 4 §. 29 vergl. mit §. 27 cit. eine Begründung der jenseitigen Ansicht nicht finden. Der §. 29 redet von der Usucapio libertatis bei Servituten und führt als Beispiel die Servitus non altius tollendi auf und §. 27 von dem Untergang einer Servitus viae durch Non usus. Nun ist es eine bekannte Sache, daß Servitutes praedior. rusticor. durch einfachen Non usus untergehen, während bei den Servitut. praedior. urbanor. zu dem Non usus noch eine Usucapio von Seiten des Eigenthümers der dienenden Sache hinzukommen muß[16]), und dies findet

---

[16]) Fr. 6, Fr. 32 §. 1 de S. P. U. (8, 2); Fr. 18 §. 2 Quem. serv. (8, 6).

allerdings seine Begründung in der verschiedenen Beschaffenheit des Besitzes bei den beiderlei Arten der Servituten, in der Kontinuität desselben bei Servitut. praed. urbanor., in seiner Inkontinuität bei Servit. praedior. rustic. — Allein, wie hieraus für Servit rustic., oder sagen wir geradezu discontinuae die Unmöglichkeit einer erwerbenden Verjährung, die weder mit der alten Usucapio, noch der longi temporis possessio identisch ist, hervorgehen soll, ist uns wenigstens unbegreiflich.

§. 6.

Zu c u. d) Fr. 3 §. 4 cit., Fr. 1 §. ult., Fr. 2, 26, cit. sprechen zwar alle von unvordenklichem Besitz (wenn wir „vetustas" als solchen accipiren), allein daß dieser bei den Servitut. continuis nothwendig erfordert werde, oder die ausschließliche Verjährungsart sei, wird nirgends gesagt.

§. 7.

Als besondere Gründe für die diesseitige Ansicht können wir noch anführen, daß auch Justinian in C. 12 C. de praescr. long. temp. (7, 33), wo er am Ende von der Servitutenersitzung handelt, keinen Unterschied in Hinsicht der Servit. continuae und discontinuae macht [17]) und daß ja gerade das Wasserleitungsrecht, bei welchem insbesondere die erwerbende Verjährung erwähnt ist, in der Regel zu den Servit. praedior. rustic. gezählt wird, bei welchen ununterbrochener Besitz in den meisten Fällen nicht angenommen werden kann [18]).

---

[17]) Vergl. Glück, a. a. O. S. 149.

[18]) Unterholzner a. a. O. S. 167.

§. 8.

3) Die Servitutenersitzung erstreckt sich auch auf persönliche Servituten.

Die Gründe, welche Zimmern in seinen und Neustetels römischrechtl. Untersuchungen I. S. 112 gegen die Ausdehnung der Servitutenersitzung auf persönliche Servituten anführt, sind folgende:

1) Es spreche keine Stelle für Anwendung der Verjährung auf persönliche Servituten und was im Allgemeinen von den Servituten gesagt werde, gehe bekanntlich im Zweifel nur auf die dinglichen.

2) Die wichtigste der persönl. Servituten, der usus-fructus beschränke das Eigenthum so sehr, daß es bedenklich sei, durch bloßen Gebrauch ein solches im ganzen übrigen System auch nicht sehr begünstigtes Recht entstehen zu lassen.

3) Die Natur der dinglichen Servituten erfordere die Zulässigkeit einer Ersitzung, wie sie bei den Römern vorkommt, die der persönlichen aber keineswegs.

ad 1). Aus den Quellen kann wohl Manches für Anwendung der Ersitzung auf Personalservituten angeführt werden, dagegen aber nichts. Wäre nun auch keine einzige Stelle im entferntesten für die angegebene Ausdehnung, so wäre dennoch, — da Fr. 1. §. 23 de aq. et. aq. pluv. arc. act. (39, 3) verb.: Sane enim in Servit. etc. bei Erwähnung der longa consuetudo ganz allgemein von Servituten spricht, — kein aus den Quellen geschöpfter Zweifel vorhanden, daher auch die angegebene Präsumtion, wollte man ihre Richtigkeit überhaupt zugeben, nicht anwendbar.

ad 2). Wenn die Wichtigkeit des Rechts ein Grund sein sollte, keine Verjährung bei demselben zuzulassen, so wäre es höchst sonderbar daß gerade das umfassendste

aller Rechte, das Eigenthum, einer solchen unterworfen ist und zwar häufig einer dreijährigen, während der ususfructus, der doch gerade meistentheils an Mobilien stattfindet, immer erst, wie sich unten zeigen wird, in 10 resp. 20 Jahren ersessen werden kann.

ad 3). Aus der Erläuterung, die Zimmern zu seiner Behauptung giebt, geht erst hervor, was er eigentlich meint; er sagt, „es hänge oft die Benutzung oder die vollkommene recht vortheilhafte Benutzung eines Ackers oder Gebäudes von Beziehungen ab, die eine Beschränkung des Nachbars erheischten"—, kurz er sagt, es sei mitunter die Nothwendigkeit vorhanden, dingliche Servituten zu konstituiren und deshalb sei es gut, eine Verjährung zuzulassen. Wir geben zu, daß dieß häufig der Fall ist und das röm. Recht hat lediglich aus diesem Gesichtspunkt die sog. Legalservituten anerkannt. Allein diese letztern gehören nicht hierher und, was außerdem die Nothwendigkeit der Bestellung von Servituten anbelangt, so ist auch die Konstituirung von persönl. Servituten oft eben so nützlich, wie die von dinglichen. Durch die Nothwendigkeit der Bestellung dinglicher Servituten wird eine Ersitzung der persönlichen gewiß nicht ausgeschlossen.

§. 9.

Für die diesseitige Ansicht lassen sich aber auch noch folgende entscheidende Gründe anführen:

a) Der Umstand, daß wegen der Personalservituten, namentlich wegen des ususfructus die actio publiciana gestattet ist[19]), welche sich auf fingirte Vollendung der Ersitzung stützt und nur in solchen Fällen zu-

[19]) Fr. 11. §. 1 D. de act. Publ. (6, 2).

und einer besondern Frist derselben nicht erwähnt ist, sondern allgemein die Worte „per annos forte tot“ gebraucht werden, fordert doch Hasse a. a. O. S. 398 eine 10 resp. 20jährige Ersitzungsfrist, Zimmern aber, nachdem er jenen Widerspruch durch Verwerfung jeder Zeitbestimmung zur Servitutenersitzung glücklich vermieden, verfällt a. a. O. S. 121 in einen anderen, da er zur Servitutenersitzung eine res habilis erfordert, ein Requisit, von welchem ja in der Ulpianischen angeblichen Theorie der Servitutenersitzung kein Wort erwähnt wird. Sicherlich wird man also, da die Phalanx einmal durchbrochen ist, zugeben müssen, es sei recht wohl möglich, daß Ulpian außer dem angegebenen noch das eine oder das andere von den Erfordernissen der Servitutenersitzung weggelassen habe. Indessen hatte zuverlässig weder Ulpian, noch die Kompilatoren im Sinn, mit der angeführten Stelle eine erschöpfende Darstellung der Servitutenersitzung geben zu wollen; im Gegentheil sagt dieselbe nichts anderes, als daß es überhaupt eine Servitutenersitzung gebe, die dabei freilich in den allgemeinsten Umrissen characterisirt wird. Zu dem Eingang (si quis diotnrno usu bis ius aquae nactus sit) bilden die Worte „non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est“ einen entsprechenden Nachsatz: „wenn Jemand durch langjährigen Gebrauch u. langen Quasibesitz das Recht der Wasserleitung erlangt hat, — braucht er nicht nachzuweisen, durch welches Recht das Wasser ihm hingegeben wurde, d. h. wenn Jemand vermöge prätorischen Rechts (durch Ersitzung) das Recht der Wasserleitung erlangt hat, braucht er nicht nachzuweisen, daß das Recht ihm civilrechtlich (a domino und nach römischer Form) eingeräumt wurde; die nun folgenden Worte: „veluti ex legato vel alio modo“ geben ein

Beispiel der zu Ulpians Zeiten üblichen civilrechtl. Erwerbung, um den vorigen Satz zu unterstützen [30]). Dann aber folgt noch eine ganz allgemeine Charakterisirung des prätorischen Rechts (der Servitutenersitzung) dadurch, daß gesagt wird, sie stütze sich eben auf den langjährigen Quasibesitz und zwar auf einen Quasibesitz, welcher (abgesehen von den übrigen Erfordernissen jeder Ersitzung) auch während der Ersitzungszeit nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden sei, wodurch zu den übrigen Erfordernissen der Servitutenersitzung noch ein neues, der Eigenthumsersitzung fremdes Requisit hinzukömmt. (Vergl. die Ausführung dieses Punktes unter §. 22 sub b.). Hätte Ulpian etwas anderes sagen, überhaupt die Servitutenersitzung ganz genau schildern wollen, so würde er nicht geschrieben: per annos forte tot, sondern auch die Zeit angegeben und nicht vergessen haben, daß die Servitutenersitzung nur an einer res habilis möglich sei. Das waren aber lauter Dinge, welche ebenso wie die bona fides und der iustus titulus als zu der Ersitzung nach Analogie der long. temp. praescriptio und usucapio überhaupt erforderlich vorausgesetzt wurden: hier wird blos auf die ratio legis welche ebenfalls mit derjenigen der Eigenthumsersitzung übereinstimmt, hingedeutet, auf den vieljährigen fehlerfreien Besitz des fragl. Rechts, durch welchen, legte man ihm nicht selbst unter gewissen Voraussetzungen eine rechtlich erwerbende Kraft bei, häufig die größte Rechtsungewißheit und Rechtsunsicherheit entstehen würde, welche man zuletzt gar nicht mehr zu heben vermöchte. Durch obige Interpellation haben wir auch den Ein-

---

[30]) Bessel im Archiv für civ. Praxis 13 S. 398 ff.

§. 12.

2) Dreißig- und mehrjährige Ersitzung der Servituten.

Mit Beantwortung der im vorigen §. behandelten Frage hängt eine andere eng zusammen, nämlich: ob bei Servituten eine dreißig- und mehrjährige Ersitzung stattfinde [26]). Nimmt man einmal an, daß gewisse Sachen nach Analogie der Usukapion bei res corporales der ordentlichen Servitutenersitzung entzogen seien, so muß man auch zugeben, daß bei denselben bezüglich der Servituten eben auch eine solche außerordentl. Ersitzung gelte, wie rücksichtlich des Eigenthums. —

Es läßt sich in der That nicht absehen, warum die ganz allgemeine Bestimmung der C. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (7, 39), daß Ansprüche aller Art in der Regel nach 30 Jahren nicht mehr stattfinden sollten, auf die actio negatoria nicht anzuwenden sei, wie z. B. Bessel, Archiv für civilist. Prax. XIII. S. 424, behauptet. Wenn der eben citirte Schriftsteller sagt, die actio negatoria gehöre nicht zu den actiones in rem per quas ius aliquod postulatur, von welchen die constituo cit. spreche und er sich dabei auf Fr. 5. D. si ususfruct. petatur (7, 6.) beruft, wo es heißt: Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno —, so vermischt er offenbar Nichtzusammengehöriges. Die eben citirte Stelle sagt in ihrem Zusammenhange nichts anderes, als daß das Recht des usus fructus ein Bestandtheil des Eigenthumsrechts sei und daß es daher vom Standpunkt des Eigenthümers aus nicht als ein vom Eigenthum sepa-

---

[26]) Diese Frage wird verneint von Puchta a. a. O. Nr. 4 und Bessel a. a. O. S. 423. ff.

rirtes Recht betrachtet werden könne. Wenn aber das Recht des ususfructus von einem Anderen als dem Eigenthümer diesem gegenüber in Anspruch genommen wird und der letztere stellt die actio negatoria an, so gebraucht er allerdings eine „actio per quam ius aliquod postulatur", nämlich das einen integrirenden Bestandtheil seines Eigenthumsrechts bildende ius des ususfructus.

Es beruht zwar hier sein Klaggrund nicht auf der Servitus ususfructus, welche er etwa abgesondert von seinem Eigenthum hätte, wohl aber auf dem unbeschränkten Eigenthumsrecht selbst, und dieses ist das ius, welches verfolgt wird.

Ferner ist es unbegreiflich, warum Justinian, als er durch C. 8 §. 1 C. eod. die Klagenverjährung in allen Fällen, wo der Besitzstand 30 resp. 40 Jahre bona fide stattgefunden hatte, in eine Ersitzung verwandelte, so daß der fortgesetzte Besitz Eigenthum und somit eine dingliche Klage hervorbrachte, die Anwendung dieser Vorschrift auf die Verjährung der Servituten könnte ausgeschlossen haben[27]). Wenn in letzterer Beziehung Bessel a. a. O. S. 423 anführt, die const. 8. cit. beziehe sich nur auf körperl. Sachen und eine etwaige quasi possessio longissimi temporis würde ausdrücklich erwähnt sein, da die Verjährungslehre der Servituten überall, wo darauf Rücksicht zu nehmen sei, gedenke, so bleibt er uns für diese Behauptung den Beweis schuldig; denn die zwei Beispiele, auf die er sich beruft, haben nach den Grundsatz „exempla nil demonstrant", wenig beweisende Kraft.

---

[27]) Höpfner, Komm. §. 352; Cocceji, ius civ. controv. lib. 7. tit. 1, quaest. 3; Unterholzner a. a. O. S. 160 ff.

§. 12.

2) Dreißig- und mehrjährige Ersitzung der Servituten.

Mit Beantwortung der im vorigen §. behandelten Frage hängt eine andere eng zusammen, nämlich: ob bei Servituten eine dreißig- und mehrjährige Ersitzung stattfinde [26]). Nimmt man einmal an, daß gewisse Sachen nach Analogie der Usukapion bei res corporales der ordentlichen Servitutenersitzung entzogen seien, so muß man auch zugeben, daß bei denselben bezüglich der Servituten eben auch eine solche außerordentl. Ersitzung gelte, wie rücksichtlich des Eigenthums. —

Es läßt sich in der That nicht absehen, warum die ganz allgemeine Bestimmung der C. 3. C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (7, 39), daß Ansprüche aller Art in der Regel nach 30 Jahren nicht mehr stattfinden sollten, auf die actio negatoria nicht anzuwenden sei, wie z. B. Bessel, Archiv für civilist. Prax. XIII. S. 424, behauptet. Wenn der eben citirte Schriftsteller sagt, die actio negatoria gehöre nicht zu den actiones in rem per quas ius aliquod postulatur, von welchen die constituo cit. spreche und er sich dabei auf Fr. 5. D. si ususfruct. petatur (7, 6.) beruft, wo es heißt: Quamquam enim actio negativa domino competat adversus fructuarium, magis tamen de suo iure agere videtur, quam alieno —, so vermischt er offenbar Nichtzusammengehöriges. Die eben citirte Stelle sagt in ihrem Zusammenhange nichts anderes, als daß das Recht des ususfructus ein Bestandtheil des Eigenthumsrechts sei und daß es daher vom Standpunkt des Eigenthümers aus nicht als ein vom Eigenthum sepa-

---

[26]) Diese Frage wird verneint von Puchta a. a. O. Nr. 4 und Bessel a. a. O. S. 423. ff.

rirtes Recht betrachtet werden könne. Wenn aber das Recht des ususfructus von einem Anderen als dem Eigenthümer diesem gegenüber in Anspruch genommen wird und der letztere stellt die actio negatoria an, so gebraucht er allerdings eine „actio per quam ius aliquod postulatur", nämlich das einen integrirenden Bestandtheil seines Eigenthumsrechts bildende ius des ususfructus.

Es beruht zwar hier sein Klaggrund nicht auf der Servitus ususfructus, welche er etwa abgesondert von seinem Eigenthum hätte, wohl aber auf dem unbeschränkten Eigenthumsrecht selbst, und dieses ist das ius, welches verfolgt wird.

Ferner ist es unbegreiflich, warum Justinian, als er durch C. 8 §. 1 C. eod. die Klagenverjährung in allen Fällen, wo der Besitzstand 30 resp. 40 Jahre bona fide stattgefunden hatte, in eine Ersitzung verwandelte, so daß der fortgesetzte Besitz Eigenthum und somit eine dingliche Klage hervorbrachte, die Anwendung dieser Vorschrift auf die Verjährung der Servituten könnte ausgeschlossen haben[27]). Wenn in letzterer Beziehung Bessel a. a. O. S. 423 anführt, die const. 8. cit. beziehe sich nur auf körperl. Sachen und eine etwaige quasi possessio longissimi temporis würde ausdrücklich erwähnt sein, da die Verjährungslehre der Servituten überall, wo darauf Rücksicht zu nehmen sei, gedenke, so bleibt er uns für diese Behauptung den Beweis schuldig; denn die zwei Beispiele, auf die er sich beruft, haben nach den Grundsatz „exempla nil demonstrant", wenig beweisende Kraft.

---

[27]) Höpfner, Komm. §. 352; Cocceji, ius civ. controv. lib. 7. tit. 1, quaest. 3; Unterholzner a. a. O. S. 160 ff.

Die 30 resp. 40jährige Ersitzung der Servituten beruht übrigens ganz auf den Principien der außerordentlichen Ersitzung beim Eigenthum und von ihr ist in dem Folgenden nicht mehr die Rede.

§. 13.

3) Erfordert die Servitutenersitzung bona fides und einen Titel? [28])

a. Allgemeines.

Uns scheinen diese beiden Fragen vereint behandelt werden zu müssen, da, sobald man sich für die Beja-

---

[28]) In dieser Lehre herrschte von jeher große Verwirrung und es wurde dieselbe vielfach mit der Frage vermengt, ob außer der ordentlichen Servitutenersitzung noch eine 30 und mehrjährige Ersitzung der Servituten zulässig sei. Auch hat man die Kontroverse bald so, bald anders entschieden, je nachdem man blos auf das römische, oder blos auf das kanonische Recht, oder aber auf beides zugleich Rücksicht nahm. Seit den Glossatoren galt vielfach die Ansicht, daß Servitutes continuae (hinsichtlich der servit. discontinuae folgte man den oben §. 3. widerlegten Principien) durch 10 resp. 20jährige Ausübung erworben werden könnten, wobei zwar kein Titel aber doch bona fides zu erweisen sei. Diese Meinung ging in die Praxis über, und zwar nicht bloß in die deutsche, sondern auch diejenige der andern Länder, welche das römische Recht recipirt haben, z. B. in die italiänische und spanische (vergl. Caepolla de servit.; Stryk. usus mod. pand. ad tit. de servit.). Noch heutzutage hat dieselbe viele Anhänger und Vertheidiger. Doch fußen die Meisten derselben auf dem kanonischen Recht, indem sie die Frage, nach den Erfordernissen der Servitutenersitzung im römischen Recht entweder unbeantwortet lassen, oder behaupten, nach demselben genüge ein nec vi, nec clam, nec precario ausgeübter Besitz, bona fides und ein Titel sei nicht erforderlich. Von den Schriftstellern welche eine solche bona fides ohne Titel annehmen, nennen wir nur Galvanus de usufructu c. 12. §. 7 p. 112 ff. Walch, diss. cit. §. 14—16.; Dabelow über die Verjährung;

hung oder Verneinung der einen entscheidet, damit auch die andere beantwortet wird. Der iustus titulus ist nämlich das Substrat der bona fides, letztere ist ohne einen wirklichen oder Putativ-Titel gar nicht denkbar. Bei der Usukapion körperl. Sachen nennt man bona fides die vollkommene Ueberzeugung, Eigenthum erworben zu haben [29]); wie wäre aber eine solche Ueberzeugung anders möglich, als indem Thatsachen vor-

---

Unterholzner a. a. O §. 210 ff. (Vergl. noch die bei Glück a.a. O. S. 140 Not. 86 citirten Autoren). Andere lassen die, wenigstens in Bezug auf das Erforderniß der bona fides, klaren Vorschriften des kanonischen Rechts außer Acht und begnügen sich, bald scientia domini fordernd, bald nicht, mit einem nec vi, nec clam, nec precario ausgeübten Besitz (z. B. Schifordegher ad Anton. Fabrum Lib. 1 Tract. 6 Qu. 5; Neller in Diss. de rebus praescribendis etc. Sectio II. §. 19, §. 24. (opusc. T. 1 P. III. Nro. 19); Puchta, Pandekt. §. 188; Hasse a. a. O. S. 398; Zimmern, a. a. O. S. 122; v. Wangerow, Leitfaden für Pandekt. Vorles. I. S. 702 und die dort angeführten Schriftsteller). Dritte endlich fordern außer der bona fides noch einen iustus titulus als Requisit der Servitutenersitzung, indem sie dieses Erforderniß theils aus den Vorschriften des kanonischen Rechtes herleiten, theils aber auch behaupten, schon das röm. Recht habe dasselbe erfordert. Von den hieher gehörigen Schriftstellern sind die vorzüglichsten Duarenus (Disput. anniversar. lib. 1, c. 34); Raevardus (ad legem Scriboniam c. 7). Hellfeld (Jurispr. forensis I. §. 529 u. die dort angeführten Schriftsteller); Thibaut (über Besitz u. Verjährung, 2. Th. §. 36); Glück (a. a. O. S. 146 sub b); Bessel (im Arch. für civ. Praxis 13, S. 380 ff.). Besonders der zuletzt angeführte Schriftsteller hat die Frage würdig u. gründlich aus den Quellen des röm. Rechts selbst beantwortet. Vergl. außerdem noch die bei Glück a. a. O. S. 140 Not. 85 genannten Schriftsteller. Auch an Vermittelungsansichten hat es nicht gefehlt. Eine solche, sonst sehr verbreitete und von angesehenen Juristen vertheidigte widerlegt Glück a. a O. S. 141 ff.

[29]) Puchta, Pand. §. 157.

handen sind, durch welche Eigenthum hätte erworben werden können (iustus titulus), oder welche bei dem Besitzer einen entschuldbaren error facti veranlaßten, dieses anzunehmen (putativer Titel)? Versteht man freilich mit v. Wening-Ingenheim, Civil-Recht §. 46, unter mala fides die Kenntniß, oder wenigstens die Vermuthung der Hindernisse und Mängel, welche dem Eigenthumserwerb entgegen stehen, folglich eine wirkliche, wenn auch noch nicht zur völligen Ueberzeugung gewordene Wissenschaft von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes, so blieben zwischen der bona und mala fides viele Fälle zwischeninnen liegen, namentlich die eines bloßen Glaubens oder Meinens, redlich zu besitzen, in welchen streng genommen weder von bona, noch mala fides die Rede sein könnte und bei denen, wollte man gutmüthig genug sie für bonae fidei possessio erklären, allerdings kein iustus titulus erweislich wäre. Doch muß selbst in diesem Falle das bloße „Glauben oder Meinen" wenigstens auf einem Putativtitel beruhen, wenn man anders nicht annehmen will, daß es durch einen Verstandesfehler hervorgebracht sei. — Das Recht nun, welches die bona fides in so wichtiger Beziehung Norm gebend gemacht hat, kann sich nicht mit vagen Begriffen begnügen, welche in solcher Unbestimmtheit nur geeignet wären, Irrungen und Verwirrungen hervorzubringen. So ist denn auch das Verhältniß des iustus titulus und der bona fides genau bestimmt. Manche Stellen, wie c. un. C. de usuc. transf. (7, 31.) wo bonae fidei possessio geradezu durch den Ausdruck iusto titulo possessio bezeichnet wird, deuten der Natur der Sache gemäß darauf hin, daß zur bona fides immer eine iustus titulus erforderlich sei und daß jeder Besitzer, welchem der letztere (oder ein Putativtitel) abgeht, zu den malae fidei possessores gehöre. Eine

sogenannte negativa bona fides, wie man die Ungewißheit über das wirkliche Nichtvorhandensein des fraglichen Rechts zu nennen pflegt, ist ein Unding: sobald man anfängt an dem Rechtsgrund, auf welchen hin man besitzt, zu zweifeln, beginnt die mala fides. Gegen unsere Ansicht kann man nicht einwenden, das römische Recht behandle den Titel und die bona fides als etwas Getrenntes in der Weise daß das eine ohne das andere vorhanden sein könne. Ein Titel ohne bona fides kann zwar da sein (wie wenn z. B. Jemand eine Sache kaufte, von der er wußte, daß sie einem Dritten gehöre), nie aber findet das umgekehrte Verhältniß statt. Wollte man hiergegen die sog. außerordentl. Ersitzung anführen, für welche bloß im Allgemeinen bona fides erfordert wird, so ist zu entgegnen, daß hier keineswegs etwa an eine sog. negativa bona fides gedacht werden darf, sondern die ganze Vorschrift hat nur den Sinn, daß derjenige, welcher sich auf außerordentl. Ersitzung beruft, keinen Titel und, da die bona fides präsumirt wird, mithin keine bona fides zu beweisen braucht daß ihm aber die Einrede der malae fidei possessio opponirt werden kann, welche hinwieder durch Beweis der Replik der bona fides den man auch nicht anders als indem man sich auf einen Titel beruft herstellen kann, elidirt wird.

Ließe sich nun bei der Servitutenersitzung das Erforderniß der bona fides nachweisen, so wäre diese (analog den Usukapionsrequisiten körperlicher Sachen) auch hier unmöglich, wenn man nicht zugleich die Nothwendigkeit eines iustus titulus annähme und es ist eine offenbare Inconsequenz, wenn manche das Erforderniß der bona fides beibehalten, den iustus titulus aber verwerfen, besonders sobald man, wie Unterholzner a. a. O. I. S. 327, §. 95, mit der oben entwickelten Ansicht im Wesentlichen übereinstimmt.

Wir haben nun, wie wir unten ausführlicher darthun werden, die Ansicht, daß bona fides, mithin auch ein iustus titulus allerdings zur Servitutenersitzung nothwendig sei; dabei müssen wir aber gleich jetzt bemerken, daß uns die Scheu unerklärlich ist, mit welcher Manche den iustus titulus in dieser Beziehung behandeln, fast als wäre dadurch das ganze Institut der Servitutenersitzung gefährdet. In der Praxis wird sich durch Annahme des iustus titulus nur wenig ändern. Bei negativen Servituten ist so fast immer ein Titel schon nöthig, um nur den Anfang der quasi possessio nachzuweisen; bei den übrigen Servituten aber wird der Erwerbsgrund der Servitut häufig mit dem Erwerbsgrund des herrschenden Grundstücks zusammenfallen, mithin eine besondere Konstituirung der Servitut nicht zu erweisen sein. Denn wenn Jemand ein Grundstück kauft ꝛc., so kauft er zugleich die Servitut mit, von welcher man ihm sagte, daß sie dem Grundstück zustehe, einerlei ob diese Servitut auf rechtmäßige Weise erworben worden ist, also wirklich existirt, oder aber ob der letzte Besitzer des praedium dominans sich dieselbe nur anmaßte; ganz ähnlich wie beim Eigenthum, wo der Käufer auch die gekaufte Sache iusto titulo besitzt, wobei es nicht darauf ankommt, ob der auctor rechtmäßig oder unrechtmäßig zu deren Besitz gelangte (daß res furtivae und res vi possessae unsukapionsunfähig sind, kann hiergegen nicht angeführt werden). Dieß scheint Glück a. a. O. S. 135 übersehen zu haben, wenn er mit Schifordegher annimmt, es könne nach röm. Recht die bona fides bei Servituten ohne Titel bestehen und gerade zum Beweis dieser Ansicht das eben erwähnte Beispiel benutzt. — Sollte aber die Servitut erst zur Zeit des jetzigen Besitzers der herrschenden Sache entstanden sein, so ist es vollkommen der Billigkeit ent-

sprechend, wenn hier ein iustus titulus nachgewiesen werden muß. Was endlich die persönlichen Servituten betrifft, deren Ersitzbarkeit ja überhaupt aus dem Grunde angefochten ist, weil dadurch zu große Gefahr für das Eigenthum entstehen würde, so bringt es deren Natur mit sich, daß der Usukapient auf redliche Weise in den Besitz der dienenden Sache gekommen sein, also einen Titel aufzuweisen haben muß, wenn überhaupt von Konstituirung einer solchen Servitut die Rede sein soll.

§. 14.

b) Gründe gegen das Erforderniß der bona fides und des iustus titulus.

Die Gründe, auf welche sich die Gegner der bona fides und des iustus titulus beziehen, sind folgende:

1) Vor Allen beruft man sich auf **Fr. 10 pr. D. si servit. vind. (8, 5)**, verb.: Si quis dioturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato, vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse. Diese Stelle, allerdings die ausführlichste, welche über Servitutenersitzung handelt, soll nun nach Hasse Rhein. Museum II. S. 407, Zimmern a. a. O. S. 122, alle Requisite der Servitutenersitzung enthalten und besonders dünkt es Hasse „sonnenklar", daß Ulpian sagen wollte, „das und nicht mehr müsse anzunehmen sein, damit eine Quasiservitut und eine actio utilis eintrete". Freilich geht die konsequente Durchführung dieser Ansicht bei beiden Juristen nur bis zu einem gewissen Punkt. Trotzdem, daß Fr. 10 cit. eine vollständige Theorie der Servitutenersitzung enthalten soll

und einer besondern Frist derselben nicht erwähnt ist, sondern allgemein die Worte „per annos forte tot“ gebraucht werden, fordert doch Hasse a. a. O. S. 398 eine 10 resp. 20jährige Ersitzungsfrist, Zimmern aber, nachdem er jenen Widerspruch durch Verwerfung jeder Zeitbestimmung zur Servitutenersitzung glücklich vermieden, verfällt a. a. O. S. 121 in einen anderen, da er zur Servitutenersitzung eine res habilis erfordert, ein Requisit, von welchem ja in der Ulpianischen angeblichen Theorie der Servitutenersitzung kein Wort erwähnt wird. Sicherlich wird man also, da die Phalanx einmal durchbrochen ist, zugeben müssen, es sei recht wohl möglich, daß Ulpian außer dem angegebenen noch das eine oder das andere von den Erfordernissen der Servitutenersitzung weggelassen habe. Indessen hatte zuverlässig weder Ulpian, noch die Kompilatoren im Sinn, mit der angeführten Stelle eine erschöpfende Darstellung der Servitutenersitzung geben zu wollen; im Gegentheil sagt dieselbe nichts anderes, als daß es überhaupt eine Servitutenersitzung gebe, die dabei freilich in den allgemeinsten Umrissen characterisirt wird. Zu dem Eingang (si quis diotnrno usu bis ius aquae nactus sit) bilden die Worte „non est ei necesse docere de iure quo aqua constituta est“ einen entsprechenden Nachsatz: „wenn Jemand durch langjährigen Gebrauch u. langen Quasibesitz das Recht der Wasserleitung erlangt hat, — braucht er nicht nachzuweisen, durch welches Recht das Wasser ihm hingegeben wurde, d. h. wenn Jemand vermöge prätorischen Rechts (durch Ersitzung) das Recht der Wasserleitung erlangt hat, braucht er nicht nachzuweisen, daß das Recht ihm civilrechtlich (a domino und nach römischer Form) eingeräumt wurde; die nun folgenden Worte: „veluti ex legato vel alio modo“ geben ein

Beispiel der zu Ulpians Zeiten üblichen civilrechtl. Erwerbung, um den vorigen Satz zu unterstützen [30]). Dann aber folgt noch eine ganz allgemeine Charakterisirung des prätorischen Rechts (der Servitutenersitzung) dadurch, daß gesagt wird, sie stütze sich eben auf den langjährigen Quasibesitz und zwar auf einen Quasibesitz, welcher (abgesehen von den übrigen Erfordernissen jeder Ersitzung) auch während der Ersitzungszeit nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt worden sei, wodurch zu den übrigen Erfordernissen der Servitutenersitzung noch ein neues, der Eigenthumsersitzung fremdes Requisit hinzukömmt. (Vergl. die Ausführung dieses Punktes unter §. 22 sub b.). Hätte Ulpian etwas anderes sagen, überhaupt die Servitutenersitzung ganz genau schildern wollen, so würde er nicht geschrieben: per annos forte tot, sondern auch die Zeit angegeben und nicht vergessen haben, daß die Servitutenersitzung nur an einer res habilis möglich sei. Das waren aber lauter Dinge, welche ebenso wie die bona fides und der iustus titulus als zu der Ersitzung nach Analogie der long. temp. praescriptio und usucapio überhaupt erforderlich vorausgesetzt wurden: hier wird blos auf die ratio legis welche ebenfalls mit derjenigen der Eigenthumsersitzung übereinstimmt, hingedeutet, auf den vieljährigen fehlerfreien Besitz des fragl. Rechts, durch welchen, legte man ihm nicht selbst unter gewissen Voraussetzungen eine rechtlich erwerbende Kraft bei, häufig die größte Rechtsungewißheit und Rechtsunsicherheit entstehen würde, welche man zuletzt gar nicht mehr zu heben vermöchte. Durch obige Interpellation haben wir auch den Ein-

---

[30]) Bessel im Archiv für civ. Praxis 13 S. 398 ff.

wand entfernt, daß die Worte: „non est ei necesse de iuro“ deutlich aussprächen, es sei der Nachweis eines Titels nicht erforderlich; man muß vielmehr wie bei manchen anderen Stellen, z. B.:

Fr. 5 §. 3. D. de itiner. actuq. priv. (43, 19)

Fr. 1 §. 23 i. f. D. de aq. et aq. pluv. arc. act. (39, 3

Fr. 26 eod.

C. 1 C. de servit. et aq. (3, 3),

durch welche man die Nichterforderlichkeit des Titels beweisen will, auch hier den Gegensatz richtig auffassen, welcher zwischen dem durch Ersitzung erworbenen (prätorischen) und dem auf einem anderen Rechtserwerbsgrund beruhenden (civilen) Recht gemacht wird. Vom letzteren (dem vorhandenen Recht) ist freilich nicht nothwendig, daß es erwiesen werde („non est necesse docere de iure“), sobald man sich auf Ersitzung beruft, sonst wäre ja das ganze Institut ein überflüssiges und faules; allein damit ist keineswegs ausgesprochen, daß man auch von der Angabe eines Rechtserwerbsgrunds (iust. titul. befreit sei. Es wird in vielen Fällen, wo man das Recht anscheinend gültig erworben, wo man fest von der Rechtmäßigkeit des Besitzes überzeugt ist, dennoch dieselbe durch einen bis jetzt noch unbekannten, übersehenen oder von Anderen verheimlichten Umstand ausgeschlossen, und gerade für solche Fälle ist das Institut der Ersitzung berechnet.

§. 15.

2) Auch aus Fr. 24 D. Quemadm. servit. amitt. (8, 6), verbis: „licet malae fidei possessor sit, retinebitur servitus, hat man die Nichterforderlichkeit

der bona fides ableiten wollen. Allein die Gegner selbst[31]) sind darauf gekommen, daß die citirte Stelle: „non de acquirenda, sed de retinenda servitute“ spreche, und der Grundsatz des römischen Rechts „mala fides superveniens non nocet“ ist allbekannt.

§. 16.

c. Gründe für das Erforderniß der bona fides und des iustus titulus.

Zuerst möchte hier der c. 2 C. de servit. et aq. (3, 34) zu erwähnen sein, deren Interpretation von jeher die Rechtsgelehrten beschäftigte, doch noch so wenig gelungen ist, daß die Anhänger beider Ansichten sich noch jetzt auf sie berufen und dieselbe für ihre Seite citiren. C. 2 cit. ist nämlich ein Reskript des Kaisers Antonius an einen gewissen Martialis; die Veranlassung desselben ist unbekannt, mithin auch die näheren Umstände des ihm zu Grunde liegenden Rechtsfalls. Aus dieser Ursache wird es immer eine mißliche Sache bleiben, dem Rescripte eine allzu entscheidende Stelle bei Beurtheilung einer wichtigen Kontroverse, wie der vorliegenden, einzuräumen; doch kann man dieselbe, da sie einmal von den Kompilatoren aufgenommen wurde, u. die Worte „exemplo rerum immobilium“ möglicherweise wohl gar ein Tribonianismus sein könnten[32]) auch nicht mit Stillschweigen übergehen. Der Satz der const. 2 cit., welcher den Auslegern die meiste Schwierigkeit verursachte, ist dieser: „Si aquam per pos-

---

[31]) Westphal, de lib. et. servit. praedior. §. 900 Not. 793 b. pag. 628.

[32]) Unterholzner a. a. O. S. 156.

sessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesisti.“ Die Worte exemplo rerum immobilium sind nun angeführt worden als ein Beweis für die Gleichstellung der Servitutenersitzung mit der longi temporis praescriptio. Dagegen kämpft Unterholzner a. a. O. an, weil ein eigentliches tempore quaerere bei der longi temporis praescript. nicht vorgekommen, ein Hinweisen auf die eigentliche usucapio rerum immobilium aber darum nicht möglich sei, weil zur Zeit des Antonius (Caracalla) noch die alte zweijährige Ersitzung unbeweglicher Sachen bestanden habe. Er nimmt daher an, daß die Konstitution eigentlich nur vom Besitze, der eine Verjährung vorbereitete, rede, über dessen Möglichkeit bloß vorgefragt sei, so daß die Antwort ebenfalls auf die Möglichkeit ginge, auf welchen Punkt allein die Vergleichung der Servituten mit den res immobiles sich beziehe. So scharfsinnig nun auch diese Ansicht ist, so bleibt sie doch reine Hypothese; in der Stelle selbst findet sich nicht das Geringste zu ihrer Unterstützung und man mag letztere betrachten, wie man will, so ist nichts anderes heraus zu lesen, als daß dort der Erwerb der Servitut durch Zeitverlauf mit dem Erwerb unbeweglicher Sachen, d. h. des Eigenthums daran, vergleichen wird. Was aber der Einwand betrifft, zur Zeit des Caracalla habe es keine 10 resp. 20jährige Verjährung des Eigenthums gegeben, so erzählt uns doch Unterholzner a. a. O. 1 S. 75 selbst, daß, obgleich die longi temporis praescriptio (nachdem sie schon längst und schon zur Zeit der juristischen Klassiker auf italische Grundstücke ausgedehnt worden) immer nur eine exceptio gewesen sei, man sich dennoch mit einer actio Publiciana und Verwandlung jener exceptio in eine replicatio gegen die exceptio dominii habe helfen

können. Hatte nun solcher Gestalt die actio Publicana eine derartige Ausdehnung gewonnen, daß keine exceptio dominii ihr schaden konnte, so ist es wohl möglich, daß in einem Rescript, welches keine neue Rechtstheorie begründen sollte, bei dem also auch die Ausdrücke nicht so sorgfältig gewählt waren, dieß durch quaerere rem immobilem bezeichnet wurde; denn im Erfolg war es doch eben so gut, als ob dominium und die rei vindicatio erworben sei.

Wir sind in dieser Darstellung Hasse a. a. O. S. 402 gefolgt. Wenn nun aber derselbe weiter fortfährt: „es komme also nur noch darauf an, ob in den interpretirten Worten rücksichtlich der Vergleichung auf das tempore, oder das quaesiisti der Accent zu legen sei, indem das erstere eine Gleichstellung aller Verjährungsrequisite, das andere nur eine Vergleichung rücksichtlich der Verjährungsfrist enthalte", und er sich ohne weitere Gründe (als, daß man bei einem solchen Zweifel auf den Inhalt der übrigen Stellen, welche von demselben Gegenstand redeten, sich stützen müsse) für die zweite Ansicht entscheidet, so ist diese Annahme sicher etwas willkürlich, — und paßte mutatis mutantibus eben so gut für die entgegengesetzte Meinung.

Möge dem aber sein, wie ihm wolle, so viel geht aus der c. 2 cit. jedenfalls hervor, daß man gewohnt war, die Servitutenersitzung nach Analogie der Ersitzung unbeweglicher Sachen zu behandeln.

§. 17.

Mehr, als die bisher erläuterten scheinen uns die Worte „eo sciente" für die diesseitige Ansicht zu beweisen.

Aus

Fr. 4 D. pro suo (41, 10).

Fr. 6. pr. D. de acquir. v. amitt. poss. (41, 2)

C. 12. C. de praescr. l. t. (7, 33),

geht nämlich hervor, daß ein Besitz nicht nothwendig heimlich zu sein braucht, wenn auch der Beeinträchtigte keine Kenntniß davon hat.

Diesem Satz scheinen nun die angeführten Worte zu widersprechen und deshalb hat man auf alle nur mögliche Weise sie zu entfernen gesucht. Am schnellsten kommt Zimmern a. a. O. S. 121 über dieselben hinweg, indem er sagt, es folge aus ihnen noch gar nicht, daß, wenn die Wasserleitung ignorante Martiali, aber doch nicht clam angelegt worden, ein anderes Resultat entstehen würde. Demnach wären also die Worte „eo sciente" ganz unnütz. Allein bekanntlich gilt bei der Interpretation zweifelhafter Gesetze die Regel: „Verba aliquid debent operari". —

Auf ähnliche Weise hilft sich Unterholzner a. a. O. S. 181, indem er meint, die const. 2 cit. sei ja ein kaiserl. Rescript, wo viel auf uns unbekannte Nebenumstände ankomme. Dann aber führt er doch noch an, vor Justinian möge allerdings auf scientia gesehen worden sein, wie aus c. 12 C. de praescr l. t. (7, 33) hervorgehe, weil dort der Kaiser diese Rücksicht ausdrücklich zu verwerfen für nöthig achte. Was nun den ersten Grund anbelangt, so verliert allerdings ein Reskript, bei welchem die Nebenumstände unbekannt sind, viel an seiner Beweiskraft; allein dieß schließt noch gar nicht aus — macht es im Gegentheil nothwendig — diese Nebenumstände so weit es möglich, aus dem Inhalt der Stelle selbst zu ergänzen und dadurch den zweifelhaften Worten einen solchen Sinn zu geben, welcher ihrer Stellung in dem Rechtssystem entspricht.

Der zweite Grund ist aber, abgesehen davon, daß er bloß auf einer Vermuthung beruht, insofern unstichhaltig, als — sollten die Worte „eo sciente“ wirklich der ebenfalls im Codex befindlichen c. 12. cit. widersprechen — die Kompilatoren es gewiß nicht unterlassen haben würden, hier, wie an so vielen anderen Orten, zu interpoliren und den nöthigen Einklang herzustellen.

§. 18.

Der wahre Sachverhalt scheint uns vielmehr folgender zu sein. Die Stellen:

Fr. 11 §. 1. D. de Public. in rem act. (6, 2),
verbis: „itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam — — ; item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat“;

Fr. 1 §. 2. D. d. S. P. R. (8, 3),
verbis: traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris“;

Fr. 5 D. d. S. P. U. (8, 2)
verbis: „Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum, qui contradicit, sed eum, qui non consentit“

belehren uns, daß eine Servitut konstituirt werden könne, eben so gut wie durch traditio, also auch durch bloße patientia domini. Eine solche patientia domini ist vorhanden, sobald der dominus von der Ausübung der fragl. Servitut Kenntniß erhalten hat und er mit dieser Ausübung konsentirt, mithin seine Sache donandi animo mit der Servitut belasten lassen will. Den Konsens des dominus muß man aber präsumiren, so lange er dem nicht ausdrücklich widersprochen hat, da das ruhige Ausübenlassen einer Servitut gewiß eine konklu-

auch auf die ganze Stelle nicht zu viel Gewicht zu legen sein, da sie immer nur durch Hypotheſen ſich erklären läßt.

§. 20.

Schon mit mehr Anſchein kann ſich die dieſſeitige Anſicht auf

c. 12 C. de. praescr. l. t. (7, 33)

ſtützen, wo von Juſtinian (verb.: bono initio possessionem tenentis) ein bonum initium, welches ohne Titel, wenigſtens Putativ-Titel nicht denkbar iſt, für die longi temp. praescriptio erfordert und zum Schluſſe noch verordnet wird: „eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt veluti ususfructus et ceterae servitutes". Ließe ſich nun auch einwenden, des boni initii ſei nur beiläufig erwähnt, der eigentliche dispoſitive Inhalt dieſer Juſtinianeiſchen Konſtitution beſtehe vielmehr in der genauen Feſtſetzung der Begriffe der absentia und praesentia und gerade nur in dieſer Beziehung ſei Gleichmäßigkeit zwiſchen der long. temp. praescriptio u. der Servitutenerſitzung hergeſtellt[33]) ſo beweiſt uns doch, abgeſehen von dem Gekünſtelten dieſer Interpretation, die Stelle vollkommen, daß die Römer gewohnt waren, die Servitutenerſitzung nach Analogie der Erſitzung unbeweglicher Sachen zu behandeln, daß alſo auch die Requiſite der letzteren immer für die erſtere erforderlich ſind, ſoweit nicht ausdrückliche Geſetze entgegenſtehen ſollten.

---

[33]) Unterholzner a. a. O. S. 178.

§. 21.

3) Noch mehr als die beiden bisher erwähnten Stellen scheint uns für die dieſſeitige Anſicht zu beweiſen.

Fr. 1. §. 10 D. de aqua quotid. (43, 20), verbis: sed etsi iure aqua non debetur alicui, si tamen iure ducere se putavit, quum non in iure sed in facto erravit, dicendum est, eoque iure utimur, ut interdicto hoc uti possit; sufficit enim, si iure se ducere putavit nec vi, nec clam, nec precario, duxit."

Es iſt wahr, daß dieſe Stelle ſich zunächſt auf das Interdikt zum Schutz des ius aquae quotidianae vel aestivae ducendae, das interdictum de aqua bezog [34]). Allein wenn zum einfachen Quaſibeſitz des ius aquae ductus ſchon titulus und bona fides (denn dieß liegt in den Worten: „si iure ducere se putavit") nothwendig war, ſo konnte gewiß eine Erſitzung, deren erſtes Requiſit ja fehlerfreier Quaſibeſitz iſt, gewiß nicht ohne dieſe bona fides ſtattfinden. — Wollte man aber auch annehmen, daß in dem Erforderniß der bona fides etwas Beſonderes des interdictum de aqua liege, ſo iſt dieß doch gerade der deutlichſte Beweis, daß in

Fr. 10 D. si servit. vind. (8, 5) und

c. 2. C. de serv. et aqua (3, 34),

welche beide von der Erſitzung einer Waſſerleitung ſprechen, nicht alle Requiſite dieſer Verjährung angeführt ſind; denn ſonſt dürfte hier wenigſtens die bona fides nicht fehlen. Das ius aquae ductus ſcheint übrigens in Bezug auf Servitutenerſitzung das gebräuchliche Beiſpiel in den juſtinianeiſchen Rechtsbüchern zu ſein und

---

[34]) Savigny, a. a. O. S. 547 ff.

es ist anzunehmen, daß es mit Absicht gewählt sei, gerade weil bei ihm am deutlichsten hervortritt, was Alles die Servitutenersitzung erfordert.

Von Zimmern a. a. O. S. 119 ff. wird bemerkt, es sei wichtig, daß in der vorliegenden Stelle die bona fides von dem nec vi, nec clam, nec precario possidere getrennt sei; denn es gehe daraus hervor, daß beide Erfordernisse etwas Verschiedenartiges seien. Ganz recht! Aber die Zimmern'sche Folgerung hieraus: „man dürfe, wo nur das eine dieser Requisite erfordert werde, nicht auch das andere annehmen", scheint uns willkürlich zu sein und vielmehr mitunter das umgekehrte Verhältniß zu bestehen, namentlich in den Stellen:

Fr. 10 pr. D. si servit. vind. (8, 5) und

Fr. 1 §. ult. D. de aq. et aqua pluv. (39, 3)

wo außer dem nec vi, nec clam, nec precario possidere kein Requisit der Servitutenersitzung genannt wird, während diese doch, wie alle Rechtsgelehrten (selbst Zimmern, s. O. §. 14 sub 1 annehmen, noch andere hatte, werden wohl die gewöhnlichen Erfordernisse der Servitutenersitzung als bekannt vorausgesetzt, während durch das nec vi, nec clam, nec precario possidere ein neues, der Ersitzung unbeweglicher Sachen unbekanntes und deshalb gerade besonders hervorzuhebendes, Requisit hinzugefügt wird.

§. 22.

Mit diesem Requisit aber hat es folgende Bewandniß. Im röm. Recht gilt bekanntlich der Grundsatz, mala fides interveniens non nocet. Nun ist es leicht denkbar, daß für eine Servitut bonum initium vorhanden war, wenn sie z. B. patientia domini (welche, wie wir oben gesehen, für ein Titel gilt) ausgeübt worden. Es

trat aber bei dem Ausübenden die Befürchtung ein, der dominus werde eine wiederholte Ausübung nicht mehr zugeben, seinen Dissens ausdrücklich erklären und somit die Ersitzung der Servitut unmöglich machen; er übte also, dem zu begegnen, die Servitut während der noch übrigen Verjährungszeit clam aus, und nach dem Grundsatz „mala fides interveniens non nocet, wäre dieselbe gültig ersessen. Dergleichen Fälle lassen sich viele denken; allein da es offenbar contra bonos mores wäre, wenn Jemand aus seinem dolus Vortheil ziehen sollte, mußte die Möglichkeit einer solchen Ersitzung abgeschnitten werden und dieß geschah eben dadurch, daß man außer einem bonum initium und den übrigen gewöhnlichen Requisiten der Ersitzung noch forderte, daß auch während der Ersitzungszeit die Servitut nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt werde. [35])

§. 23.

4) Wir haben bisher bei Beantwortung unserer Frage absichtlich nur das römische Recht berücksichtiget und sind zu dem Resultat gelangt, daß, wenn auch absolute Gewißheit bei dem Mangel ausdrücklicher Gesetze sich nicht erlangen läßt, höchst wahrscheinlich zur Servitutenersitzung nach Analogie

---

[35]) Durch diese Ausführung ist auch die Kontroverse entschieden, mit welcher man sich viel zu schaffen machte, ob nach röm. Recht mala fides interveniens bei der Servitutenersitzung geschadet habe oder nicht. Walch (Diss. de praescr. servit. constitut. §. 18.) z. B. glaubt, daß mala fides interv. nicht schade; entgegengesetzter Ansicht ist Jos. Ferd. v. Retes (succ. select. ad leg. Scribonian §. 17) Vergl. Glück a. a. O. S. 137 ff.

der longi temporis praescriptio alle Requisite der Ersitzung unbeweglicher Sachen, insonderheit aber bona fides und iustus titulus erforderlich waren, ein Ergebniß, welches durch die unten erfolgenden Erörterungen nur bestätiget wird.

Gehen wir jetzt auf dasjenige über, was das kanonische Recht über die Erfordernisse der bona fides und des iustus titulus bestimmt, so können wir uns kurz fassen. Bezüglich der bona fides stoßen wir auf zwei Verordnungen vom Papst Alexander III. und Innocenz III., nämlich

C. 5 X. de praescr. (2, 26) und

C. 26 eod.,

welche (besonders die letztere verb: quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est — definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica quam civilis) für alle Arten der Verjährung, also auch für die Verjährung der Servituten, bona fides erfordern und zwar während der ganzen Ersitzungszeit fortdauernde bona fides[36] —. Nun macht aber das kanonische Recht, wahrscheinlich aus Mißverständniß der

c. 8, §. 1 C. de praescr. XXX. vel XL. annorum (7, 39)

(vergleiche Unterholzner a. a. O. I. S. 365) einen Unterschied zwischen bona fides und dem iustus titulus,

c. 15. causs. 16 quaest. 4,

und es schließen daher Manche, z. B. Unterholzner a. a. O. II. §. 210, man müsse wohl in den heu-

---

[36]) c. 5 caus. 34 qu. 1
c. 5 x. cit.
c. 26 x. cit.

tigen Gerichten bona fides, nicht aber einen iustus titulus fordern. Wollte man indessen auch absehen von

c. 1 in VI^to de praescr. (2, 13),

wo bei Gelegenheit der Ersitzung von ihrer Anwendung auf bischöfliche Befugnisse und Zehntrechte gehandelt und dabei der Satz aufgestellt wird, daß man zu einer Ersitzung innerhalb eines fremden Sprengels allemal eines titulus bedürfe, wenn nicht die Unvordenklichkeit schütze, weil die allgemeine Rechtsregel (ius commune) und die praesumtio dem Ersitzenden entgegen sei, so sprechen doch für die Anwendung des iustus titulus auch heutzutag noch folgende Gründe:

a) Schon nach römischem Recht ist das Requisit eines iustus titulus zur Servitutenersitzung höchst wahrscheinlich erforderlich.

b) Hat auch das kanonische Recht keine Stelle, wo iustus titulus für die Servitutenersitzung erfordert würde, so spricht es doch auch nicht ausdrücklich dagegen, vielmehr wäre eine analoge Anwendung der

c. 1 in VI^to cit.

recht gut möglich;

c) Ueberdieß bleibt die Trennung der bona fides und des iustus titulus im kanonischem Recht ganz gleichgültig, da (wie oben gezeigt wurde) eine wahrhafte bona fides, die nicht auf einem wirklichen oder doch mit gutem Grund vorausgesetzten Rechtsgrund beruhte, ganz undenkbar ist und ein vollkommener, auf einem logischen Fehler beruhenden Irrthum des kanonischen Rechts, bei dessen ohnedieß streitigem Verhältniß zum römischen Recht, die richtige Theorie des letztern gewiß nicht zu verdrängen vermag.

§. 24.

5) Sollte aber wirklich nach allen angeführten Gründen die Sache immer noch zweifelhaft erscheinen, so ver-

diente immer, wie bei allen aus den Quellen nicht entscheidbaren Punkten, die consequentere und dem Verhältniß am angemessenste Meinung den Vorzug. Dieß ist aber die diesseitige. Es läßt sich kein Grund denken, warum die Ersitzung der Servituten im Verhältniß zur Ersitzung des Eigenthums erleichtert worden sei; vielmehr hat, wie von Seckendorff a. a. O. S. 83 ff. überzeugend dargethan hat, die Servitutenersitzung vom legislativen Standtpunkt aus sehr viel wider sich, und es wäre eher anzunehmen, daß man sie erschwert, als durch Streichen der meisten Erfordernisse befördert habe. Dieses erkannten auch fast alle Schriftsteller über Servitutenersitzung recht wohl und deßhalb nahmen sie, um das Gefährliche, welches sie in die Lehre auf der einen Seite hineinbrachten auf der andern Seite wieder zu entfernen, zu allerlei ungerechtfertigten Mitteln ihre Zuflucht, wie z. B. dem der Ausschließung ganzer Klassen von Servituten (der Servitutes discontinuae, der Serv. personales, s. O. §. 3, 8). Nimmt man hingegen eine nach Analogie der Eigenthumsersitzung alle Erfordernisse der letzteren habende Servitutenersitzung an, so gewinnt die ganze Lehre an Halt und Zusammenhang und auch alle einschlagenden Stellen lassen sich aus diesem Gesichtspunkt, wie wir gezeigt, recht wohl interpretiren.

§. 25.

3) Ist die Zeit der Servitutenersitzung bestimmt?

Die Frage ist, wie schon aus der bisherigen Ausführung hervorgeht, zu bejahen und es gilt, wie fast alle Rechtsgelehrten übereinstimmend annehmen, inter prae-

sentes eine 1jährige, inter absentes eine 20jährige Ersitzungsfrist[37]).

§. 26.

Nun hat aber in neuerer Zeit Zimmern a. a. O. S. 108, und nach ihm v. Wening-Ingenheim (Civilrecht 2. Ausgabe 1 S. 280)[38]) wie auch P. L. Kritz (Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilr. S. 179 ff.) behauptet, die Zeit der Servitutenersitzung sei keineswegs eine feste, sondern sie beruhe auf dem Ermessen des Richters, weil der bei der Servitutenersitzung vorkommende Ausdruck longum tempus schlechthin unbestimmt sei. Insonderheit beruft sich aber Zimmern auf folgende Gründe:

1) In Fr. 10 pr. D. si servit. vind. (8, 5) würde bei Gelegenheit der Servitutenersitzung keine bestimmte Zeit angegeben, sondern bloß gesagt per annos forte tot possedisse.

2) Der Ausdruck longi temporis praescript., wo das longum tempus allerdings eine technische Bedeutung

---

[37]) Wir nennen von den Neueren: Glück, a. a. O. S. 144; v. Seckendorff, a. a. O. S. 87; Thibaut, Arch. für civ. Prax. V. S. 323; Duroi, ebend. VI. S. 287.; Hasse, a. a. O. S. 398; Bessel a. a. O. S. 397; Unterholzner, a. a. O. II. 150 ff.; Buss, de serv., quam vocant acquisit., praescr. p. 23 seqq.; Mackeldey, Lehrb. des heut. r. R. S. 100 (§. 291); Seuffert, civ. Erörter. S. 36; Luden, die Lehre von den Servit. S. 171; Puchta, Pand. §. 188 ff.; v. Vangerow, a. a. O. S. 701.

[38]) v. Wening-Ingenheim trat, nachdem er in der zweiten Ausgabe seines Werks die Zimmern'sche Ansicht recipirt hatte, später wieder zu der herrschenden Lehre über.

hat, komme bei der Servitutenersitzung nicht vor und es sei daher eine analoge Anwendung ausgeschlossen.

3) Die Worte des

Fr. 10 §. D. de usurp. (41, 3),

„hoc iure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint", könnten nur dahin erklärt werden, daß die technischen Ersitzungszeiten bei Servituten nicht stattfänden.

§. 27.

Allein ad 1) verweisen wir bloß auf das Oben über die angeführte Stelle Gesagte.

ad 2) Die longi temporis possessio der Servituten hat sich, wie schon Oben §. 1 bemerkt wurde, aus der longi temporis praescriptio entwickelt und man muß deßhalb, trotz der specifischen Verschiedenheit beider Institute (Vergl. Oben §. 1) gerade in den Punkten, wo eine solche nicht bestimmt sich erweisen läßt, eine Gleichstellung annehmen.

Uebrigens gebraucht selbst Justinian den Ausdruck longi temporis possessio für die Eigenthumsersitzung und zwar im technischen Sinn von 10 resp. 20 Jahren.[39])

ad 3) Um diesen Einwand zu entfernen, könnte man recht gut mit van de Water Observationes iur. Rom. Lib. 11, c. 18, pag. 231, interpretiren: es sage die fragl. Stelle nichts anderes, als daß Niemand eine Servitut erwerben könne, der nicht Eigenthümer des herrschenden Gutes sei, welchem die Servitut zum Nutzen gereicht. Es scheint uns aber folgende im Wesentlichen mit Un-

[39]) Pr. J. de usucap. et long. temp. possess. (2, 6).

terholzner a. a. O. übereinstimmende Ansicht den Vorzug zu verdienen. Da die alte usucapio eine Ersitzung von kurzer, die long. temporis praescriptio von langer Zeit war, pflegten die damaligen Juristen beim longum tempus an eine lange, bei der usucapio an eine kurze Ersitzungsfrist zu denken, und als nun Justinian usucapio und longi temporis praescriptio in ein Institut umschmolz, mit längerer Ersitzungsfrist für Immobilien, mit kürzerer für Mobilien wollte er dieser Aenderung um so leichter Eingang verschaffen, indem er an die bisherigen Begriffe anknüpfte und für Immobilienersitzung longo tempore capi, für Mobilienersitzung usu capere setzte. Deßhalb wurde in allen Pandektenstellen, wo von Ersitzung der Immobilien die Rede ist, stets der Ausdruck usucapere durch longo tempore capere in Wege der Interpolation ersetzt.

Sehr leicht möglich wäre es also, daß die von Ulpian herrührende Stelle ursprünglich gelautet hätte, „hoc iure utimur ut servitutes per se nusquam usu capi possent etc.“ und daß die Kompilatoren, denen einmal diese Aenderung geläufig war, für usu capi das gewohnte longo tempore capi setzten, ohne daran zu denken, daß bei dieser Stelle gerade die Aenderung ganz unpassend und verwirrend sei, da der Grund fehlte weßhalb man sie meistens vornahm.

§. 28.

Für die diesseitige Ansicht läßt sich außerdem noch anführen:

1) die Worte „ante id spatium“ in
c. 2 C. de servitut (3, 34)

deuten ganz unverkennbar auf einen festbestimmten Zeitraum hin.

2) Die Worte „eodem observando“ in c. 12 i. f. C. de praescr. (7, 3) beziehen sich ebenfalls so deutlich wie nur möglich auf Gleichstellung der longi temporis praesciptio und longi temporis possessio hinsichtlich der Verjährungsfristen und der Begriffe von praesentia und absentia.

3) Die Feststellung einer Zeitgrenze ist wie bei allen Ersitzungen, so auch hier ein wahrhaft praktisches Bedürfniß und es wäre, wie Hasse a. a. O. S. 398 sagt, das Nichtvorhandensein derselben ein „heilloses“ Recht, welches bei einem Volk, wie die Römer nie bestanden haben kann.

§. 29.

4) Ueber den Quasibesitz, insonderheit den Quasibesitz der Wegservituten als Requisit der Servitutenersitzung.

Quasibesitz einer Servitut ist das erste und hauptsächlichste Requisit zu ihrer Ersitzung. Analog mit den Erfordernissen des Besitzes körperlicher Sachen, des animus und corpus, wird der Quasibesitz erworben, einmal durch den Willen, einen solchen sich zu verschaffen, dann aber ist noch durchaus erforderlich, daß man in eigener Person oder durch Repräsentanten dasjenige vornimmt, wozu das fragliche Recht die Befugniß gibt. Bei persönlichen Servituten wird also Apprehension des natürlichen Besitzes[40]) der Sache nöthig sein (daraus schon geht hervor, daß zur Ersitzung persönlicher Servituten, abgesehen von der obigen Ausfüh-

---

[40]) Fr. 3 pr. de usufruct. (7, 1) Von Savigny, Recht des Besitzes S. 447; Unterholzner a. a. O. §. 109; Puchta Pand. §. 138.

rung, meistens bona fides und ein Titel erforderlich ist, denn eine detentio nomine alieno kann nicht leicht ohne Einwilligung des Eigenthümers vorkommen); bei andern positiven Servituten aber Vornahme der Handlung[41]) und, wo dies möglich ist, Einrichtung der

---

[41]) Unterholzner a. a. O. behauptet, es sei die Ausübung der betreffenden Handlung in dem Fall nicht nöthig, wo die Erlaubniß der Ausübung des Dienstbarkeitsbesitzes in Gegenwart der Sache ertheilt werde, so daß wenigstens kein Hinderniß der Ausübung vorhanden wäre. Um diese Ansicht gründlich zu widerlegen, müßten wir in den Kreis unserer Erörterung die Kontroverse ziehen, ob zur vertragsmäßigen Konstituirung einer Servitut Quasitraditio nöthig sei oder nicht. Wenn wir diese Frage, wie es von den bedeutendsten neueren Juristen geschieht, unbedingt bejahen, so wird jedenfalls zur Erlangung des Quasibesitzes wenigstens einmalige Vornahme der betreffenden Handlung erforderlich sein. Gegen Unterholzner werde noch bemerkt, daß durch das Erlaubnißgeben der Ausübung der Servitut in Gegenwart der Sache nur ein obligatorisches Verhältniß zwischen dem Erlaubnißgeber und dem, welchem erlaubt wurde entsteht; ein Besitz kann erst dann eintreten, wenn man seine factische Herrschaft über das betreffende Object irgendwie manifestirt hat, d. h. bei dem Quasibesitz von Rechten: wenn das Recht wirklich ausgeübt worden ist. Die von Unterholzner zur Widerlegung seiner Gegner (namentlich von Savigny, Recht des Besitzes S. 454) angeführten Analogien der Besitzerlangung körperlicher Sachen (wie z. B. man brauche eine Säule nicht erst anzufassen, um Besitzer zu werden), passen durchaus nicht hierher, da der Besitz, d. h. die factische Herrschaft über eine Sache, die Möglichkeit voraussetzt, auf die verschiedenartigste Weise auf dieselbe einzuwirken, während der Quasibesitz immer nur in Vornahme einer und derselben Handlung besteht. Sobald mir die Erlaubniß zur Ausübung einer Servitut, z. B. einer Gehgerechtigkeit in Gegenwart der dienenden Sache, so daß die Ausübung möglich war, gegeben wurde, wird allerdings der Eigenthümer der dienenden Sache verpflichtet sein, mich Besitz von der fraglichen Dienstbarkeit nehmen zu lassen; allein

betreffenden Anstalt (wie z. B. bei dem Wasserleitungsrecht, der Serv. tigni immittendi)[42]). Bei negativen Servituten wird der Quasibesitz erst eintreten durch Verbot der Handlung an den dadurch Beschränkten, oder die Erklärung desselben, die Handlung unterlassen zu wollen. Man kann jahrelang über das Grundstück seines Nachbarn hinwegsehen, ohne im Besitz einer servitus prospectus zu sein; dieser kann mit rechtlicher Wirkung erst dann eintreten, wenn ich dem, welcher die Aussicht mir verbauen wollte, durch ein wirksames Verbot daran verhindere, oder wenn der Eigenthümer des Grundstücks, über welches man hinsah, erklärte, eine solche Störung unterlassen zu wollen[43]).

Wenn nun von einem Quasibesitz die Rede ist, so kann seiner nur als eines rechtlichen Instituts gedacht werden, also eines Instituts welches rechtlichen Schutz genießt: von dem durch Interdicte geschützten Quasibesitz[44]).

---

in dem Quasibesitz selbst bin ich noch nicht, dieser tritt erst ein mit der erstmaligen wirklichen Benutzung des eingeräumten Rechts. Deshalb aber braucht man nicht ohne Noth hin und her zu spatzieren, um sich den Besitz zu verschaffen, wie Unterholzner glaubt, sondern es genügt vorläufig das obligatorische Verhältniß, der Quasibesitz mag erst dann eintreten, wenn sich die Ausübung des Rechts zum erstenmal nothwendig macht. Uebrigens ist die ganze Frage für unser Thema ziemlich irrelevant; da hier nur von ausdrücklich konstituirten Servituten die Rede ist, bei welchen ein Erwerb durch Ersitzung nicht nachzuweisen sein wird.

[42]) Vergl. die in Not. 39 angezogenen Schriftsteller.

[43]) Außer den schon Citirten ist hier noch zu vergleichen Glück a. a. O. S. 132.

[44]) Von Savigny, Recht des Besitzes §. 7 S. 41; v. Seckendorf a. a. O. S. 92.

Ein eigenthümliches Erforderniß tritt hier ein bei den Wegſervituten; denn es genügt nicht, daß die Servitut ausgeübt und zwar als ein Recht ausgeübt worden ſei, ſondern es iſt ausdrücklich ein beſtimmtes Maaß der Ausübung als Bedingung des Schutzes vorgeſchrieben. Um aber die folgende Ausführung verſtändlich zu machen, müſſen wir gleichſam als Epiſode eine Erörterung über die Wegſervituten des römiſchen Rechts im Allgemeinen und namentlich in ihrer Anwendung auf die heutigen Verhältniſſe einſchalten.

§. 30.

Unter den servitutes praediorum rusticorum finden wir drei, welche ſich auf die Befugniß, über ein fremdes Grundſtück zu gehen, Vieh zu treiben, zu fahren u. ſ. w. beziehen: Die Servitus intineris, die Servitus actus und die Servitus viae.

Von allen iſt die letztere am umfaſſendſten; ſie enthält das Recht eines hergerichteten Weges, einer Straße, die, in Ermangelung beſonderer Beſtimmung, gerade aus fünf Fuß, in der Biegung 16 Fuß breit ſein kann [45]). Die Benutzung dieſes Wegs für den Servitutberechtigten iſt unbeſchränkt: er darf darauf gehen, reiten, fahren, treiben, ſchleifen [46]). In der Servitus itineris wenn ſie nicht willkührlich beſchränkt iſt, liegt die Befugniß, zu gehen, zu tragen, zu reiten [47]), in der den Serv. actus endlich außerdem auch noch die des Fahrens und Viehtreibens oder eines dieſer beiden, aber auch hier unter der obigen Vorausſetzung [48])

---

[45]) Fr. 13. §. 2 D. d. S. P. R. (8, 3); Fr. 8 D. eod.
[46]) Fr. 1. pr. 7 pr. D. eod.; Fr. 9 D. de serv. (8, 1).
[47]) Fr. 1 pr. 7 pr. D. d. S. P. R. (8, 3); Fr. 13 D. de serv. (8, 1).
[48]) Fr. 1 pr. 7 pr. 12 D. d. S. P. R. (8, 3).

§. 31.

Der Hauptunterſchied zwiſchen der Servitus viae und Servitus actus beruht alſo darin, daß erſtere als charakteriſtiſches Merkmal einen hergerichteten Weg erfordert, was bei letzterer nicht der Fall iſt. Dieß ändert ſich auch dadurch nicht, daß oft für Ausübung der Serv. actus eine beſtimmte nicht beliebig zu verändernde Richtung über das dienende Grundſtück angewieſen iſt, auf welche Beſchränkung der Eigenthümer, wenn er ſie in ſeinem Intereſſe findet, ſogar antragen kann [49]). — Es erhellt die Richtigkeit des behaupteten Unterſchieds zwiſchen der Serv. viae und actus ſchon aus dem Namen „Servitus viae“ ſelbſt, denn via bezeichnet immer eine Straße, einen hergerichteten Weg, nie aber die Fahrt über einen beſtimmten Ort, ohne einen ſolchen [50]).

Sehr häufig kommt der Fall vor, daß für eine Fahrtgerechtigkeit kein beſonderer Weg beſteht, ſondern daß derſelbe geradezu über das dienſtbare Grundſtück auf die eben thunlichſte Weiſe zu einem beſtimmten Punkt hingeht. Ein ſolches Recht liegt in der Serv. actus neben dem Recht der Viehtrift und es iſt das erſtere nicht, wie Gensler im Archiv für civil. Praxis IV. S. 251 ff. will, gleichſam eine Annexum des letztern, ſondern ganz ſelbſtſtändig in der Servitut enthalten, wie aus den Worten des

Fr. pr. D. d. S. P. R. (8, 3):

„actus est ius agendi vel iumentum, vel vehiculum“ hervorgeht, und kann ſich eben ſo gut ohne die Viehtriebsgerechtigkeit vorfinden, als in den Quellen ausdrücklich beſtätigt iſt, daß dieſe oder jenes vorkommen

---

[49]) Fr. 13 §. 1 — 3 D. de S. P. R. (8, 3)

[50]) Vergl. Fr. Schulz, latein. Synonymik Nr. 359

kann[51]). Auch können wir der a. a. O. ausgesprochenen Gensler'schen Behauptung nicht beistimmen, wonach in dem actus bloß das Recht, mit kleineren Wagen zu fahren, enthalten sein soll; denn das Wort vehiculum deutet nicht, wie er will, kleinere Fahrzeuge an, sondern überhaupt jedes Fuhrwerk[52]), und ist dann Synonim mit plaustrum, welches in Fr. 7 eod. vom actus ebenfalls gebraucht wird.

Was den übrigen Inhalt der Serv. viae und actus betrifft, so sind beide ziemlich identisch; in beiden liegt das Recht zu fahren und Vieh zu treiben. Die Serv. viae erstreckt sich nur in sofern weiter, als auf der via auch Steine, Balken und dergl. geschleift werden können[53]), was eine ganz natürliche Folge der angegebenen Verschiedenheit ist. Auf einem Grundstück, welches dem Andern mit der Serv. actus dienstbar ist, wird das Schleifen von Steinen und dergleichen den größten Schaden anrichten und würde diesen Schaden allen der Eigenthümer der dienstbaren Sache tragen müssen. Bei einer Serv. viae hingegen kann der Servitutberechtigte auf dem ihm zustehenden Weg, sobald er nur auf ihn sich beschränkt, alles vornehmen, was er will; denn verschlechtert er denselben, so schadet er Niemanden, als sich selbst. Nach dem Angeführten ist vollkommen richtig, wenn die Römer sagen, daß in der via immer der actus enthalten sei.

§. 32.

Aber letzterer soll auch den Inhalt der Serv. itineris

---

[51]) Fr. 13 D. de serv. (6, 1)

[52]) Forcellini, Tot. latin. Lexic., wo es heißt: Vehiculum est plaustrum vel currus ad vehendum aptus. Est autem nomen generale, sub quo continentur omnia iumenta, quibus aliquid vehitur.

[53]) Fr. 7 cit.

umfassen[54]). Dieß eben genannte Recht nun ist nicht so konsequent ausgebildet, als die bisher behandelten. Wenn in demselben die Befugniß liegen soll, über das dienstbare Grundstück sowohl in Geschäften (ire) als der Annehmlichkeit wegen zu gehen (ambulare)[55], ferner über dasselbe zu reiten[56]), oder sich in einer Sänfte darüber tragen zu lassen[57]), so ist vergessen, zu unterscheiden, daß dieses alles entweder auf einem beständigen, anderweitiger Benutzung entzogenen Fußsteig, oder aber, ohne einen solchen, nach Willkühr des Ausübenden über das dienende Grundstück in beliebiger Richtung geschehen kann. — Ist ein Fußsteig vorhanden, so wäre kein Grund, warum der Berechtigte nicht auch auf demselben spatzieren gehen, reiten, sich in einer Sänfte tragen lassen sollte; tritt dagegen der andere Fall ein, so kann schon jedes unnütze darüber Hingehen das verpflichtete Grundstück oder dessen Früchte beschädigen und es darf gewiß ein solches Recht nicht anders ausgeübt werden, als wenn es die Nothwendigkeit, d. h. das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks fordert. Ein bloßes Spatzierengehen oder Reiten seines Besitzers aber gehört nicht zu den Bedürfnissen eines Grundstücks, kann mithin als serv. praed. rustici konsequenter Weise nicht vorkommen.

Haben auch die Quellen diesen Unterschied bei der Serv. itineris nicht ausdrücklich aufgestellt, so liegt doch in dem Geist der ganzen Legislation und namentlich in dem Grundsatz, daß jede Servitut mit möglichst geringer Belästigung und Beschädigung des Eigenthümers

---

[54]) Fr. 1 D. de S. P. R. (8, 3).
[55]) Fr. 1 cit.
[56]) Fr. 12 eod.
[57]) Fr. 7 eod.

der dienenden Sache (civiliter) ausgeübt werden müsse[58]), die Nothwendigkeit die Bestimmungen über die Serv. itineris so zu interpetiren, als sei er wirklich ausgesprochen.

Wenn nun, wie wir oben gesehen, die Serv. actus auch immer die Serv. itineris umfassen soll, so kann damit unmöglich gemeint sein, daß dem zum actus Berechtigten immer ein Fußsteig über das belastete Grundstück zustehe; es hat vielmehr diese Bestimmung keinen anderen Sinn, als es soll dem zum actus Berechtigten je nach Bedürfniß des herrschenden Grundstücks auch das Recht zustehen, über das dienende zu gehen (vielleicht selbst zu reiten), wenn sich auch eine solche Handlung nicht gerade direkt auf das Hinübertreiben von Vieh oder das Hinüberfahren bezöge.

§. 33.

Nach der bisherigen Entwicklung wird es uns leicht fallen, bei Anwendung der römischen Wegservituten auf heutige Verhältnisse die Irrthümer zu vermeiden, in welche man vielfach dabei verfallen ist. Wir brauchen namentlich nicht mit Schweppe (röm. Privatrecht §. 290) und Seuffert, (civil. Erörterungen I. S. 70), anzunehmen, daß die röm. Wegservituten, da ihre nähere Bestimmung auf römischem Sprachgebrauch beruhe, bei uns ganz unanwendbar seien; sondern wir finden als einfaches Resultat des Oben Angeführten folgende Sätze:

1) Ist für Ausübung der Wegservitut Beschränkung

---

[58]) Fr. 9 D. de serv. (8, 1); Fr. 20 §. 1 D. d. S. P. R. (8, 2.)

auf einen bestimmten Ort beabsichtiget und ein Fahrweg bestellt, so muß die Servitut als Serv. viae behandelt werden.

2) Ist ein eigentlicher Weg (durch welchen der von ihm eingenommene Raum der sonstigen Benutzung ganz entzogen wird) versagt, so ist eine solche Fahrtgerechtigkeit für die Serv. actus zu erklären.

3) Dasselbe ist der Fall mit dem deutschen Viehtrieb, ohne das Recht zu fahren.

4) Ein Fußweg ist als Serv. itineris zu beurtheilen; doch ist dasselbe auch der Fall mit einer bloßen Gehgerechtigkeit.

Vergl. Puchta, Pandekt. §. 185.

§. 34.

Wir kehren nunmehr zu dem Quasibesitz als Erforderniß der Servitutenersitzung und besonders zu dem Quasibesitz der Wegservituten zurück.

Wer das zum Schutz der Wegservituten, namentlich der servit. actus und itineris, bestimmte interdictum de itinere actuque privato gebrauchen will, muß nachweisen, daß er im verflossenen Jahr (von der Klage an gerechnet) wenigstens an 30 Tagen das Recht ausgeübt habe. Diese Ansicht stützt sich auf

Fr. 1. §. 2 D. de itin. (43, 19)
verb.: si modo anno usus est vel modico tempore i. e. non minus quam triginta diebus und

Fr. 1. §. 12. eod,
verb.: supradicto tempore anni.

Neuere Juristen haben zwar versucht, diese „Ausübung an nicht weniger als 30 Tagen" wegzuinterpretiren, z. B. Althof, (das interd. de itin. actuque privato, 1816) u. v. Vangerow, (Leitfaden für Pandek-

ten Vorles. 1 §. 355); allein die oben angeführten Worte lassen, besonders wenn man auch auf Fr. 1. §. 12 cit. Rücksicht nimmt, sich nicht anders übersetzen, als: „wenn er nur die Servitut ausgeübt hat im vergangenen Jahr, auch nur in einer mäßigen Zeit, nämlich an nicht weniger als 30 Tagen." Die Uebersetzungen der Gegner folgenden Inhalts: „wenn er die Servitut nur ausgeübt hat innerhalb eines Jahres, oder innerhalb eines Monats", oder „wenn er die Servitut nur ausgeübt hat im letzten Jahre, wenn auch nur innerhalb eines mäßigen Zeitraums, d. h. eines Monats" — vergessen daß es „diebus" heißt und nicht „dierum", ferner die im §. 12 folgenden Worte: „supradicto tempore anni" endlich die Analogie von

Fr. 1 §. 4. D. de aq. quot. et aest. (43, 20)

Fr. 22. eod.,

wo es ganz ähnlich lautet:

„ — ut in hoc anno aquam duxisti, hoc est non quotidie, sed hoc anno vel una die vel nocte" und „- sufficiat vel uno die hoc anno aquam duxisse."

§. 35.

Der Hauptgrund, welchen die Gegner wider die diesseitige Ansicht vorbringen, ist ein legislativer, nämlich der, daß der Beweis der Ausübung an 30 verschiedenen Tagen für einen Besitzprozeß zu schwierig sei. Dieß kann aber den klaren Worten des Gesetzes gegenüber kein Bedenken erregen; auch ist wohl zu erwägen, daß in den interdicta veluti possessoria gerade der Anfang einer inris possessio vorlag, und daß der Prätor genugsam Veranlassung hatte, vorsichtig zu Wege zu gehen und nur da Besitzesschutz zu ertheilen, wo eine handgreifliche Billigkeit dafür sprach. Die gemeine Mei-

nung hat sich daher mit Recht für die disseitige Ansicht erklärt[59]) und auch Gerichtshöfe, wie das Oberappellationsgericht zu Kassel, sind in ihren Aussprüchen derselben gefolgt[60])

§. 36.

Wenn wir nun die Behauptung aufstellen, daß nach der römischen Theorie bei der Ersitzung einer Wegservitut, besonders einer Servitus actus und einer bloßen Gehgerechtigkeit die Ausübung der letzteren, vom letzten Jahr des angeblichen Quasibesitzes an, jedes Jahr der Verjährungszeit (in welchem eben das herrschende Grundstück überhaupt bestellt wurde) hindurch wenigstens 30 Mal geschehen sein müsse, so können wir für diese unsere Ansicht keine Autorität außer Hasse a. a. O. S. 408 anführen, welcher sagt, daß bei dem zur Ersitzung nöthigen Quasibesitz der Wegservituten der Zusatz von 30 Tagen da nicht verlangt werden könne, wo der Weg seine feste Bestimmung habe, wozu er von den Ausübenden allein gebraucht werde, also, nach unserer obigen Ausführung, bei der servitus viae und servitus itineris (wenn dieselbe so viel bedeutet als Fußsteigsgerechtigkeit). Hieraus geht hervor, daß Hasse für die Wegservituten, welche mit einem hergerichteten Weg nicht verbunden sind, wie die servitus actus und die bloße Gehgerechtigkeit, ebenfalls eine Ausübung an nicht weniger als 30 Tagen fordert. Bei der Servitus viae und Serv. itineris (wenn die-

---

[59]) v. Savigny, Recht des Besitzes S. 539, 540; Puchta, Pandekten §. 139. Not. o.

[60]) Pfeiffer, praktische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswiss. 7. Bd. 1. Abth. S. 460 ff.

selbe soviel als Fußsteigsgerechtigkeit bedeutet) wird es seltener vorkommen, daß man sich auf Ersitzung derselben beruft, da man einen hergerichteten Weg auf einem fremden Grundstück nicht wohl ohne ausdrückliche Einwilligung des Eigenthümers wird herstellen und erhalten können, so daß also hier meistens Vertragsverhältnisse vorhanden sein möchten. Die Erörterung, ob Hasse mit seiner Behauptung, die Servituten mit hergerichtetem Weg bedürften zum Schutz des Quasibesitzes nicht der Ausübung an 30 Tagen des Jahres, Recht habe, könnten wir uns daher füglich ersparen; allein wir müssen beiläufig doch bemerken, daß wir seiner Ansicht nicht ganz beipflichten können. Von den Gesetzen ist einmal zum Schutz des Quasibesitzes aller Wegservituten das interdictum de itinere actuque privato bestimmt. Aus welchem Grunde sollte man daher Ausnahmen machen und den Besitz der Servituten, welche einen hergerichteten Weg erfordern, mit einem ganz anderen, in den Gesetzen keine Begründung findenden, rein fingirten Interdikt schützen? Es ist wahr, daß bei oberflächlichem Beschauen die ganze Sache etwas Komisches hat, besonders wenn man sich zu dem falschen Schluß verleiten läßt, es müßte nun jeder, welcher überhaupt auf Quasibesitz einer Wegservitut Anspruch machen wolle, jedes Jahr wenigstens 30 Mal, sei es nun nöthig oder nicht, auf dem dienenden Grundstück hin und hergehen. Dem ist aber nicht so. Wer das Recht selbst auf irgend eine Weise sich erworben, hat hierdurch auch den Quasibesitz desselben sich angeeignet, sobald er nur durch einmalige Ausübung zeigte, er verbinde mit seiner rechtmäßigen Befähigung auch die faktische Herrschaft; es wäre daher im höchsten Grade widersinnig, zu behaupten, daß derjenige, welcher das Recht hat, einen hergerichteten Weg oder Fußsteig über ein fremdes Grund-

stück zu unterhalten, oder aber bloß so darüber zu fahren, zu gehen ꝛc. auch zu einer öfteren, der Zahl nach genau bestimmten Ausübung desselben genöthigt sei. Etwas ganz anderes ist es dagegen, wenn wir uns den Quasibesitz eines Rechts, als etwas von dem Recht selbst Abgesondertes, als etwas möglicherweise ohne das letztere selbstständig Vorhandenes denken. Für diesen Fall ist der Interdiktenschutz bestimmt und wir finden es ganz natürlich, wenn hier die Gesetzgebung sich nicht mit dem Beweise einer einmaligen, vielleicht ganz zufälligen, Ausübung des Rechts begnügt, sondern noch eine weitere Garantie fordert, die eben in einer oftmaligen, auf wirkliches Vorhandensein eines Rechtsverhältnisses schließen lassenden Ausübung des fraglichen Rechts besteht.

§. 37.

Es ist uns nun wohl bekannt, daß die Praxis in dem Falle, wo die Servitus itineris, actus und viae so beschaffen ist, daß sie nicht füglich an 30 Tagen des Jahres ausgeübt werden kann, z. B. bei Aerndte- und Düngerfuhren ꝛc. sich auch mit weniger Besitzhandlungen begnügt und das interdictum uti possidetis utiliter anwendet[61]). Da nun aber außerdem selbst von der Praxis anerkannt ist, daß eine elektive Konkurrenz zwischen dem Interdictum uti possidetis utile und den schon im röm. Recht begründeten interdicta veluti pos-

[61]) Elvers und Bender, allgem. juriſt. Zeitung, Jahrg. 1829 S. 279; Juriſtiſche Zeitſchrift für das Königr. Hannover, Jahrg. 1844 S. 182; Pfeiffer, prakt. Ausführungen ꝛc. 7. Bnd. 1. Abth. 12. Abhandl.

sessoria nicht ſtattfinde, ſo fragt es ſich, mit welchem Recht man gerade in Beziehung auf das interd. de itinere actuque privato hiervon eine Ausnahme mache?

Auf den bloßen Gerichtsgebrauch, ſoweit derſelbe als das Produkt einer wiſſenſchaftlichen Ueberzeugung erſcheint, kann eine ſo wichtige Aenderung des materiellen Rechts nicht beruhen; ſie würde auch, ſelbſt wenn dieß der Fall wäre, keine verbindliche Kraft haben[62]). Es bleibt uns alſo nur übrig anzunehmen, daß dieſelbe auf ein Gewohnheitsrecht, welches in Form des usus fori ſich verkörpert habe, geſtützt ſei. Und dieß iſt denn auch wirklich der Fall; die erwähnte Praxis hat ihren Grund in einer allgemeinen rechtlichen Ueberzeugung, welche in den Ausſprüchen der Gerichte zur Uebung kam. Freilich wird man in ihrer Anwendung ſehr vorſichtig zu Wege gehen müſſen und nicht in jedem Falle annehmen dürfen, die Ausübung der Servitut ſei nicht füglich an 30 Tagen des Jahres möglich geweſen. Jedenfalls aber verlangt der Geiſt der Geſetze, daß, wenn man auch von der dreißigmaligen Ausübung abſieht, die Servitut wenigſtens ſo oft ausgeübt ſein müſſe, als es eben das Bedürfniß des herrſchenden Grundſtücks erheiſchte und daß neben ihr nicht etwa auch ein anderer Weg benutzt wurde. Wenn daher Jemand ein oder mehrere Male über das Grundſtück ſeines Nachbarn auf das ſeinige gelangte, außerdem aber auch ein offenſtehender, wenn auch unbequemer Weg von ihm begangen oder befahren worden iſt, ſo wird er nicht füglich auf

---

[62]) Ortloff, juriſt. Abhandlungen und Rechtsfälle 1. Bnd. Nro. 13; v. Savigny, Syſtem des heutigen röm. Rechts I. §. 19—20, beſonders S. 97.

den zu schützenden Quasibesitz einer Servitut sich berufen können, sobald er nicht die 30malige Ausübung und somit das interdictum de itinere actuque privato für sich hat. Dagegen, daß wir behaupten, die Ausübung der Servitut müsse überhaupt so oft geschehen sein als das Bedürfniß des herrschenden Gründstücks sie nothwendig machte, könnte man einwenden, es werde ja hierdurch der Besitzer des letzteren in seinen Eigenthumsrechten, deren eine Seite auch darin besteht, daß er die Bebauung seines Grundstücks unterlassen kann, beeinträchtigt, indem er dann gezwungen sei, immer einen außerordentlichen Fleiß und besondere Aufmerksamkeit auf sein Grundstück zu verwenden. Dieß ist aber nicht der Fall; der Maaßstab, welcher hier anzulegen, ist die Handlungsweise eines bonus ac diligens pater familias; will Jemand die hierzu erforderliche Sorgfalt nicht aufwenden, so wird er dazu durchaus nicht gezwungen, seine Freiheit im Benutzen oder Nichtbenutzen seines Eigenthums bleibt unbeschränkt; es knüpft sich aber als natürliche Folge an seine Nachlässigkeit der Verlust des Besitzes der Servitut, er erleidet einen Schaden durch eigene Fahrlässigkeit.

Kapitel 4.

Unterbrechung der Servitutenersitzung

§. 38.

1) Allgemeines.

Die Servitutenersitzung wird unterbrochen durch Wegfall eines derjenigen Requisite, welche als während der ganzen Ersitzungszeit fortdauernd vorausgesetzt werden; also durch Aufhören: 1) Der Usukapions-

fähigkeit der dienenden Sache; 2) des Quasibesitzes 3) der bona fides. Ueber den ersteren dieser Unterbrechungsgründe ist wenig Erhebliches zu bemerken; sobald eine Sache usukapionsunfähig wird, tritt eben die Wirkung der Unterbrechung der Servitutenersitzung ein d. h. die bisherige Dauer des Quasibesitzes kommt nicht mehr in Anschlag und es muß die Ersitzung, wenn dieselbe überhaupt noch möglich, ganz von Neuem wieder beginnen.

§. 39.

2) Unterbrechung des Quasibesitzes.

Es ist allgemein anerkannt, daß die Servitutenersitzung nicht bloß Quasibesitz, sondern auch Ununterbrochenheit des Quasibesitzes während der Verjährungszeit erfordere[63]). Die Frage welche sich hier uns zuvörderst aufdrängt, ist die, wann ist der Quasibesitz als ununterbrochen zu betrachten. Die Antwort darauf ist nicht schwierig und lautet: Ununterbrochen ist der Quasibesitz, welcher während des betreffenden Zeitraums nicht verloren wurde. Verloren aber wird der Besitz eines Rechts nicht schon durch die Nichtausübung an sich, sondern analog dem körperlichen Besitz, animo oder corpore in contrarium acto, also 1) durch Aufgeben des Besitzes (animus non possidendi), was sowohl durch ausdrückliche Willenserklärung, als durch konkludente Handlungen wird geschehen können; 2) durch Ausschließung des Besitzers von der Ausübung mittelst eines außer ihm liegenden,

---

[63]) Glück a. a. O. S. 171; Unterholzner a. a. O. §. 214.

von ihm nicht zu überwindenden Hinderniſſes. Bei den Rechten, deren Beſitz mit dem Beſitz einer anderen Sache verknüpft iſt, auch durch den Verluſt dieſes Beſitzes [64]).

Unterſuchen wir, wie dieſe allgemeinen Regeln ſich in der Anwendung auf die einzelnen Gattungen der Servituten geſtalten, und faſſen wir zunächſt die Realſervituten ins Auge, ſo dürfen wir nicht, wie dieß Unterholzner (a. a. O. §. 214 ff.) thut, die Eintheilung in Servitutes praediorum rusticor. und in Servitutes praedior. urbanor. unſerer Darſtellung zu Grunde legen, da dieſe Unterſcheidung auf keiner eigentlichen inneren Verſchiedenheit beruht, ob ſie gleich zufällig größtentheils mit der in Servitutes discontinae und continuae zuſammenfällt; ſondern wir werden der zuletzt erwähnten, aus logiſcher Nothwendigkeit hervorgehenden Trennung folgen müſſen.

§. 40.

Unter den kontinuirlichen Servituten erwähnen wir zuerſt diejenigen, welche zu ihrer Ausübung mit einer dauernden Vorrichtung verſehen ſind. Das Aufgeben des animus possidendi wird ſich hier, wie überall, aus einer beſtimmten Erklärung oder aus einer konkludenten Handlung, welche Quaestio facti bleibt, erkennen laſſen. Eine äußere Unmöglichkeit des Quaſibeſitzes aber tritt jedenfalls dann ein, wenn die dauernde Vorrichtung zerſtört oder unbrauchbar gemacht wird. Dies würde z. B. der Fall ſein, wenn bei der Servitus tigni immittendi das Loch, welches

---

[64]) Puchta, Pandekt. §. 138 a. E.

zur Aufnahme des fremden Balkens bestimmt ist, zugemauert wird. Dadurch, daß momentan der Balken aus diesem Loch entfernt würde, um ihn sogleich oder nach einiger Zeit wieder in dasselbe zurückzuschieben, wäre, wenn nicht andere Umstände hinzukommen, noch keine Besitzesunterbrechung hervorgebracht. Vor allem muß hier darauf gesehen werden, ob der animus possidendi aufgehört hatte oder nicht. Wenn Jemand Jahrelang den Balken aus dem Loche entfernt hielt, und sich auf andere Weise behalf, während er wußte, daß die Servitut ihm zustehe, dann wird man mit ziemlicher Bestimmtheit schließen können, der Wille, die Servitut zu besitzen habe aufgehört und trotzdem, daß das Balkenloch während der ganzen Zeit offen stand und dieß noch immer der Fall, ist der Besitz für unterbrochen anzusehen.

Bei kontinuirlichen Servituten ohne dauernde Vorrichtnng kann der Wille, die Servitut nicht mehr besitzen zu wollen, ebenfalls auf verschiedene Weise sich offenbaren. So wird, wenn der Besitzer einer Servitus altius non tollendi den Innhaber des dienenden Grundstücks selbst ermuntert, sein Haus höher bauen zu lassen, oder, wenn er ruhig zusieht, wie die Arbeiten des Höherbauens unternommen werden, sicher anzunehmen sein, der animus possidendi sei nicht mehr vorhanden, folglich der Quasibesitz unterbrochen. Eben dasselbe ist aber auch der Fall, wenn etwa in Abwesenheit des Quasibesitzers der Servitut, das dienende Grundstück höher gebaut wurde und bei seiner Rückkehr der Bau schon vollendet war; er wird in diesem Falle wohl die ihm zustehenden Rechtsmittel anwenden können, sein Besitz aber, wenn er ihn auch wieder erlangen sollte, erscheint unterbrochen durch den faktischen Zustand, welcher ihm für den Augenblick die Ausübung desselben unmöglich machte.

Wenn wir bei den Servitutes continuae mit einer dauernden Vorrichtung sagten, durch äußere Einwirkung werde der Quasibesitz aufgehoben mittelst Zerstörung oder Unbrauchbarmachung der dauernden Vorrichtung, so müssen wir bei den kontinuirlichen Servituten ohne dauernde Vorrichtung behaupten, der Quasibesitz sei unterbrochen durch Errichtung eines Opus, welches die Ausübung der Servitut faktisch unmöglich mache. Doch läßt sich auch denken, daß ein solches Opus den Gebrauch einer dauernden Vorrichtung, obgleich diese selbst unberührt bleibt, verhindere. —

§. 41.

Bei den Servitutes discontinuae können wir diejenigen unterscheiden, deren Quasibesitz durch eine bestimmte Anzahl Ausübungshandlungen gesetzlich bedingt und diejenigen, wo dieß nicht der Fall ist. Für beide Gattungen bleiben die inneren Ursachen der Aufhebung des Besitzes die oben erwähnten; bei der ersteren derselben aber haben wir nicht in jedem einzelnen Falle nothwendig, diese Ursachen genau zu untersuchen und zu erforschen, da uns ein äußerer Anhaltepunkt gegeben ist, nach welchem wir bemessen können, ob der Besitz noch vorhanden sei, oder nicht. Ist nämlich in einem Jahre die erforderliche Anzahl von Ausübungshandlungen nicht vorgenommen worden, so kann man sich auf den Quasibesitz der Servitut rechtlich nicht mehr berufen, derselbe ist also, war er auch vorher erweislich, nicht mehr vorhanden. Nach römischem Recht wäre also die Ersitzung einer Wegservitut als unterbrochen zu betrachten, wenn nachgewiesen würde, daß in irgend einem der Ersitzungsjahre die fragliche Dienstbarkeit an weniger als an dreißig Tagen des Jahres ausgeübt worden sei. Das Recht der Praxis aber, welches sich, wie wir oben gese-

hen, in manchen Fällen auch mit weniger Besitzeshandlungen begnügt, dabei jedoch verlangt, daß die Ausübung wenigstens so oft geschehen sei, als dieselbe nothwendig war, kann immer dann eine Besitzesunterbrechung annehmen, wenn nachgewiesen wird, daß eine Ausübung der Servitut, welche das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks erforderte, unterlassen worden sei, oder aber, wenn man darzuthun vermag, daß auch ein anderer Weg zum herrschenden Grundstück benutzt wurde, als derjenige zu welchen die Servitut berechtigte.

Es kann hierbei vorkommen, daß das Bedürfniß des Feldbaues es erfordert, ein Grundstück ein oder auch mehrere Jahre brach[56]) liegen zu lassen. In diesem Fall wird auch die Ausübung der von dem Eigenthümer jenes Grundstückes besessenen Wegservitut sich vielleicht (in den meisten Fällen sind aber auch zu den brach liegenden Grundstücken Fuhren ꝛc. nöthig) nicht nothwendig machen und es wird in diesem Fall, nach dem Prinzip des Praxis eine Unterbrechung des Quasibesitzes nicht anzunehmen sein. Doch muß auch hier scharf geschieden werden, ob eine bloße Nachlässigkeit, oder eine ökonomische Nothwendigkeit vorliege.

---

[56]) In den meisten Gegenden Deutschlands ist in dieser Beziehung eine geordnete Feldereintheilung; so herrscht z. B. in Franken, Thüringen und einem großen Theil Bayerns die sog. Dreifelderwirthschaft, wonach der Flur jedes Orts in drei Theile zerfällt, von welchen der eine mit Sommerfrüchten, der andere mit Winterfrüchten bestellt ist, während der dritte brach liegt. Nach diesen Verhältnissen wird in den meisten Fällen zu bemessen sein, ob das Brachliegen eines Grundstücks (wodurch übrigens Fuhren und namentlich Düngerfuhren zu demselben noch gar nicht ausgeschlossen sind) eine ökonomische Nothwendigkeit zur Ursache habe, oder aus Nachlässigkeit geschehe.

Daß eine bloße Erklärung, die Servitut nicht mehr besitzen zu wollen, hinreiche, den Quasibesitz einer Wegservitut zu unterbrechen, auch wenn nachher die Ausübung derselben in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise geschah, ist kaum zu bezweifeln, denn es steht fest, daß der animus possidendi, wenn auch nur auf kurze Zeit, nicht vorhanden war. Für diejenigen diskontinuirlichen Servituten, bei welchen eine bestimmte Anzahl von Ausübungen nicht vorgeschrieben ist, gelten ebenfalls die oben angeführten allgemeinen Regeln. Doch werden hier nicht, wie bei der bisher behandelten Gattung von Servituten, so viele Ausübungshandlungen nothwendig sein, als von dem Bedürfniß des herrschenden Grundstücks erfordert werden, ja man wird, wenn man neben der Servitut den nämlichen Zweck auch noch auf andere Weise erreichen kann, auch diese anwenden dürfen, ohne befürchten zu müssen, den Quasibesitz der Servitut zu verlieren, wenn man nur von derselben ebenfalls Gebrauch macht. Würde man die letztere ganz und gar nicht benutzen und sich beständig eines anderen Mittels, um zu seinem Zwecke zu gelangen, bedienen, so wäre dieses eine Handlungsweise, welche auf Aufgeben des animus possidendi schließen ließe. Es muß also in jedem Jahre, für welches Usukapionsbesitz behauptet wird, die Servitut auch neben andern Mitteln zur Erreichung derselben Absicht, wenigstens ein Mal ausgeübt sein. Sollte freilich in dem einen oder dem anderen Jahr eine solche Ausübung überhaupt ganz nutzlos sein, so wird trotzdem, daß in demselben von der Servitut kein Gebrauch gemacht wurde, deren Besitz nicht als unterbrochen erscheinen. Böte sich während der ganzen Ersitzungszeit außer dem einzigen Faktum der Besitzergreifung keine Gelegenheit zur Ausübung dar, ein Fall, welcher in der Praxis wohl sehr

selten vorkommen möchte, so muß, wenn anders der Wille, die Servitut fortzubesitzen, und die Möglichkeit, sie in jedem Augenblick auszuüben nicht fehlten, auch diese einzige Ausübungshandlung zur Ersitzung genügen, da ja Fortdauer eines Zustands[64]), mithin hier Fortdauer des Besitzes während der Ersitzungszeit, zu präsumiren ist.

§. 42.

Der Quasibesitz persönlicher Servituten ist fast immer mit dem natürlichen Besitz der dienenden Sache verbunden (Vgl. §. 29); daher wird ohne Zweifel der Quasibesitz durch den Verlust oder das Aufgeben des natürlichen Besitzes verloren, wenn nämlich, wie dieß meistens der Fall ist, dieser Verlust, oder diese Entäußerung die Unmöglichkeit herbeiführt, die Servitut weiter auszuüben. Persönliche Servituten, bei welchen man den natürlichen Besitz der dienenden Sache etwa nicht gehabt hätte, stehen, soweit dieß möglich, unter den Grundsätzen über Unterbrechung des Besitzes bei diskontinuirlichen Servituten. Die Ausübung der Servitut muß aber erfolgen, so oft sich dieselbe möglich macht; ein Unterlassen derselben soweit dies nicht auf Versehen beruht, ist als Aufgeben des animus possidendi zu betrachten. Wir können also Unterholzner a. a. O. §. 214, III. nicht beistimmen, welcher glaubt, daß, wenn der Nießbrauchsbesitzer es etwa einmal unterläßt, die Früchte eines Baumes abzunehmen, ihm dadurch der Besitz des Nießbrauchs noch nicht unterbrochen sei, während derjenige, welcher mehre Jahre hindurch die Fruchtabnehmung unterließe,

---

[64]) Fr. 12, 22, 25 §. 2 D. de probatione (22, 3) C. 1. 12, 16 C. eod. (4, 19). Vergl. Puchta, Pandekt. §. 97.

allerdings den früheren Besitz verlieren würde. Dieser Ansicht Unterholzners, welche „dem richterlichen Ermessen einigen Spielraum" und zwar einen sehr weiten Spielraum läßt, ist schon deswegen nicht beizustimmen, weil das Recht des usufructus als ein im übrigen Rechtssystem nicht sehr begünstigtes erscheint, bei dem man also mit so ungenauen Bestimmungen sich nicht begnügen darf. —

§. 43.

Wir haben rücksichtlich der Unterbrechung des Quasibesitzes bei Servituten noch eine Frage zu berühren, welche für die Ersitzung sehr wichtig wird, nämlich, ob auch bei der Servitutenersitzung demjenigen, welchem der Usukapionsbesitz von einem früheren Usukapionsbesitzer übermacht worden ist, accessio possessionis zu Gute komme? Diese Frage ist von Dabelow [65]) dahin beantwortet worden, daß die accessio possessionis bei der Servitutenersitzung namentlich deshalb hinwegfallen müsse, weil hier die Voraussetzung, unter welcher das neuere römische Recht dieselbe bei der Verjährung gestatte, nämlich der iustus titulus und die bona fides, bei dieser außerordentlichen Verjährung gar nicht in Betracht komme. Dieser Hauptgrund Dabelows, abgesehen von seiner sonstigen Unhaltbarkeit, bedarf nach unserer obigen Ausführung keiner weiteren Widerlegung, besonders da auch schon Juristen, welche rücksichtlich des Erfordernisses der bona fides und des Titels nicht einmal ganz mit uns übereinstimmen, die accessio possessionis als zulässig angenommen haben [66]).

---

[65]) Ueber die Verjährung. Th. 2. S. 21 ff. Vgl. auch Glück a. a. O. S. 153 ff.

[66]) Unterholzner a. a. O. §. 214, I.

In der That ist auch nicht abzusehen, warum die allgemeine Bestimmung, daß Derjenige, welcher durch einen derivativen Titel Usukapionsbesitzer geworden ist, sich den Besitz seines Vorgängers sollte hinzurechnen können, auf die Servitutenersitzung analogisch nicht auszudehnen sei. —

§. 44.

3) Unterbrechung der bona fides.

Wir haben schon oben angedeutet, wann, nach unserer Ansicht, die bona fides aufhört, nämlich sobald man an der Rechtmäßigkeit seines Besitzes zu zweifeln anfängt. Auf einen solchen Zweifel kann nun, ohne weitere äußere Veranlassung, der Besitzer selbst gerathen; es kann aber auch derselbe dadurch entstehen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks die Ausübung der Servitut nicht mehr duldet und dieselbe untersagt.

Warum in diesem letzteren Fall eine Unterbrechung der bona fides alle Male erst dann eintreten soll, wenn eine actio negatoria angestellt, oder ein interdictum uti possidetis gebraucht ist, kann man sich nicht erklären, besonders wenn man bedenkt, daß man bezüglich des interdictum quod vi aut clam (das vi et clam possidere ist aber eine Gattung des mala fide possidere) ein gewaltsames Beginnen (vi facere) alle Male schon annimmt, wenn einem entschiedenen Widerspruche entgegengehandelt wird, mag dieser nun durch konkludente Handlungen oder durch wörtliches Untersagen an den Tag gelegt worden [97]).

---

[97]) Fr. 1. §. 5 — 7 D. quod vi aut clam (43, 24) Vgl. Unterholzner a. a. O. §. 215.

Ferner ist in der That nicht abzusehen, wie man zum Beweise der gegentheiligen Ansicht eine Stelle wie C. 3 u. 4 C. de praescr. XXX. vel XL. annor. (739), welche von der dreißig resp. vierzigjährigen Klagenverjährung handelt, hat anführen können [68]; doch darf man auch nicht verkennen, daß die von Justinian für die Einsprüche gegen den Lauf der Verjährung vorgeschriebene Form [69] oft auch in Beziehung auf die Servitutenersitzung wird Bedeutung erlangen können.

Kapitel 5.

Der Beweis der Servitutenersitzung. [70]

§. 45.

Derjenige, welcher sich auf die Ersitzung einer Servitut beruft, wird das Vorhandensein der Requisite einer solchen Ersitzung, soweit dieselben nicht nach rechtlicher Vorschrift zu vermuthen sind, beweisen müssen. Untersuchen wir nun bei den einzelnen Erfordernissen der Servitutenersitzung selbst, in wieweit sie zu präsumiren sind, oder von dem, welcher sie behauptet, bewiesen werden müssen.

Was zuvörderst den Beweis der Usukapionsfähigkeit der dienenden Sache betrifft, so ist, da im Allgemeinen die Rechtsregel gilt, daß alle Sachen der Ersitzung unterworfen seien, wovon nur einige wenige individuell bestimmte ausdrücklich ausgenommen sind, die Präsumtion

---

[68]) Glück a. a. S. 152. Not. 18.

[69]) Vgl. C. 2 C. de annali exceptione (7, 40).

[70]) Wir verweisen hier namentlich auf die schon öfter citirte treffliche Abhandlung von Hasse über den Beweis der Servitutenersitzung im Rheinischen Museum II. S. 394 ff.

für dieselbe und es kann daher unmöglich Demjenigen, welcher die Ersitzung behauptet, zu erweisen obliegen, daß die ersessene Sache nicht unter jene Ausnahmen gehöre. Es ist vielmehr das Letztere ein rein negatives Faktum und gehört zum Thema des indirekten Gegenbeweises.

§. 46.

Für den Erwerb des Quasibesitzes eines Rechts spricht nirgends eine Vermuthung und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß Derjenige, welcher sich auf denselben beruft, ihn zu beweisen habe. Jeder die Ersitzung der Servitut Behauptende muß also darthun, daß er zu dem Quasibesitz derselben gelangt sei [71]). Manche [72]) fordern noch weiter, daß derselbe auch die Fortdauer der Ausübung seines einmal erworbenen Besitzes beweisen müsse, „indem es nicht genüge, wenn der Verjährende den Anfang der Ausübung darthue und außerdem zeige, daß am Ende der Verjährungszeit die Ausübung ebenfalls stattgefunden habe." Wir können diese Ansicht nicht theilen, und behaupten vielmehr, daß es vollkommem hinreiche, den Anfang des Besitzes bewiesen zu haben. Sobald dieß geschehen, streitet für seine Fortdauer, wie für diejenige jedes Zustandes [73]), die praesumtio iuris und es wird daher nicht einmal nothwendig sein, zu zeigen, daß am Ende der Verjährungszeit der Quasibesitz ebenfalls noch vorhanden gewesen. Ist z. B. von einer Wegservitut die dreißigmalige Ausübung im ersten Jahre des Besitzes nachgewiesen, so wird es unnütz sein von irgend einem anderen Jahr der Ersitzungszeit dasselbe darzuthun; vermag es der Gegner nicht, den Gegenbeweis zu führen, indem er zeigt, daß in irgend einem Jahr

[71]) Haſſe a. a. O. S. 400. Unterholzner a. a. O. §. 216.
[72]) Z. B. Unterholzner a. a. O. Haſſe a. a. O.
[73]) Vgl. Not. 64.

der Ersitzungszeit es an Ausübungshandlungen, wenn auch nur einer einzigen, fehlte, so wird die Servitut, ihre sonstigen Erfordernisse vorausgesetzt, gültig ersessen sein. Somit bleibt der Nachweis der Unterbrechung des Besitzes immer der Gegenbeweisführung überlassen und wir kommen zu dem Resultat, daß bei gewissen Gattungen von Servituten (s. Oben §. 41 a. E). der Beweis einmaliger Ausübung einer Servitut dazu hinreichen könne, um die Ersitzung derselben darzuthun. Diese Lehre würde viel Gefährliches haben, wenn nicht das Erforderniß des iustus titulus, welches, wie wir gleich sehen werden, immer erwiesen werden muß, meistentheils die Rechtmäßigkeit des Besitzes verbürgte und außerdem noch zu bemerken wäre, daß kaum Fälle der zuletzt geschilderten Art vorkommen möchten.

§. 47.

Der iustus titulus (oder der ihn vertretende Putativ- oder Quasititel) hat, als selbstständige Behauptung, nie die Vermuthung für sich, muß daher, ebenso wie bei der Eigenthumsersitzung, jedenfalls erwiesen werden[74]; dagegen wird die bona fides überall präsumirt[75], gehört also zum Thema des indirekten Gegenbeweises. —

Wollten wir bloß dem kanonischen Recht folgen, so ist offenbar, daß eine Fortdauer der bona fides nicht zu erweisen wäre, da dieselbe, ebensogut wie die letztere selbst, zu präsumiren und die mala fides interveniens in den indirekten Gegenbeweis zu versetzen sein würde. Allein Manche[76] fordern gestützt auf **Fr. 10 D. si servit. vind.** (8. 5), verbis: ut ostendat — per an-

---

[74]) Hasse a. a. O. S. 415.

[75]) C. 30 C. de evictionib. (8, 45); C. 47 in Vto de R. J. (5, 13); Glück a. a. O. IX S. 139; Puchta, Pandekt. §. 97.

[76]) z. B. v. Seckendorff a. a. O. S. 89 ff.

nos forte tot se non vi, non clam, non precario possedisse, daß von jedem, welcher sich auf Ersitzung der Servitut mit der actio oder exceptio confessoria beruft (dem Konfitenten), zu erweisen sei, daß er den Quasibesitz nec vi, nec clam, nec precario ausgeübt. Allein Andere[77]) widersprechen dieser Behauptung, indem sie zwar einräumen, (was Gensler in seinen Not. 77 citirten Anmerkungen läugnet) daß ostendere eben so gut wie probare den Beweis bezeichnen könne, dagegen aber anführen:

a) daß, wenn im Recht negative Beweise auch einzeln vorkommen könnten, dieselben doch gar nicht zu unterstützen seien, namentlich wenn, wie im vorliegenden Fall, die Unmöglichkeit des Beweises auf platter Hand liege und:

b) daß sich Fr. 10 cit. auch recht wohl anders erklären lasse, indem das „ostendat" auf das Ergebniß der ganzen Beweishandlung d. h. des Beweises und, wenn dergleichen geführt worden, des direkten und indirekten Gegenbeweises zu beziehen sei.

Den Beweis des Ablaufens der Ersitzungszeit anlangend, so versteht es sich von selbst, daß, sobald gezeigt worden, die erste Ersitzungshandlung sei vor 10 resp. 20 Jahren geschehen, keine weiterere Beiweisführung sich nöthig macht.

Anhang.

Unvordenkliche Verjährung.

§. 48.

Wiewohl das Thema von der unvordenklichen Verjährung nicht eigentlich zu dem Kreis der Fragen gehört,

[77]) Z. B. Gensler in Not. 17 und 21 zu dem oben citirten Aufsatz v. Seckendorffs; vorzüglich aber Hasse a. a. O. S. 413 ff.

deren Beantwortung wir uns zur Aufgabe gesetzt haben, so sei doch desselben hier noch kürzlich und eben so beiläufig Erwähnung gethan, wie wir oben die dreißig und mehrjährige Ersitzung der Servituten berührten. In neuerer Zeit hat man behauptet die „Unvordenkliche Zeit“[78]) übe auf Servituten nicht denselben Einfluß, wie auf andere Rechtsverhältnisse und dies ist besonders von Zimmern und Unterholzner geschehen. Besonders hat man hervorgehoben, es würde eine solche sog. unvordenkliche Verjährung bei den Servituten ein ganz unnützes Institut sein, da schon die 10 resp. 20 und die 30 resp. 40jährige Servitutenersitzung weder des iustus titulus noch der bona fides bedürften, weshalb es ganz auf eins herauskommen würde, ob man beweisen wolle, die Servitut sei durch unvordenkliche oder durch 30jährige Ersitzung erworben worden. Wie es mit dem Erforderniß des iustus titulus und der bona fides steht, haben wir gesehen und schon daraus geht hervor, daß wir der erwähnten Ansicht nicht vollkommen beistimmen können. Es ist zwar wahr, daß auch so zwischen der unvordenklichen Verjährung und der 30 resp. 40jährigen Ersitzung kein wesentlich praktischer Unterschied sein wird, da die zur letzteren erforderliche bona fides zu präsumiren ist und bloß ope exceptionis auf ihr Nichtvorhandensein reflektirt werden kann, während bei der ersteren von bona fides überall nicht die Rede ist; allein eine Verschiedenheit liegt doch auch noch darinnen, daß der sich auf 30 resp. 40jährige Ersitzung Berufende alle Male eine bestimmte Zeit anzuführen hat, für welche er seinen Quasibesitz behauptet und für welche ihm die Einrede der malae fidei possessio, oder der

[78]) Puchta, Pand. §. 77.

Unterbrechung des Besitzes vorgeschützt werden kann, während dieß, wenn man seine Behauptung auf unvordenkliche Zeit baut, ganz anders ist: man beweist eben in diesem Falle nur, daß der Anfang der Ausübung des fraglichen Rechts über Menschen Gedenken hinaus liegt.

§. 49.

Bei der Allgemeinheit der Stellen, welche von der unvordenklichen Zeit überhaupt reden[79]), würde, da nirgends eine Ausnahme für die Servituten gemacht wird und auch sonst kein dringender Grund dagegen spricht, schon von selbst anzunehmen sein, daß dieselben einer unvordenklichen Verjährung unterworfen seien. Allein zwei Stellen: Fr. 26 D. de aqua et aquae pluviae arc. (39, 3) und Fr. 1 §. ult. D. eod. scheinen geradezu von Servituten in Bezug auf die unvordenkliche Zeit zu reden. Wollte man nun aber auch mit Unterholzner (a. a. O. I. §. 140, 141, 142), was indessen nicht unzweifelhaft feststeht, annehmen, daß sich die angezogenen Stellen gar nicht auf „eigentliche" Dienstbarkeitsverhältnisse bezögen, so würde dies auf unsere Frage, nach der obigen Ausführung, doch gar keinen Einfluß haben. Wir unterlassen es daher diese Ansicht einer nähern Prüfung zu unterwerfen. Die Zimmern'sche Behauptung aber, daß „vetustas" (der in den angeführten Stellen gebrauchte Ausdruck) und „Unvordenklichkeit" immer von einander unterschieden gedacht werden müßten, hat schon von Unterholzner (a. a.

---

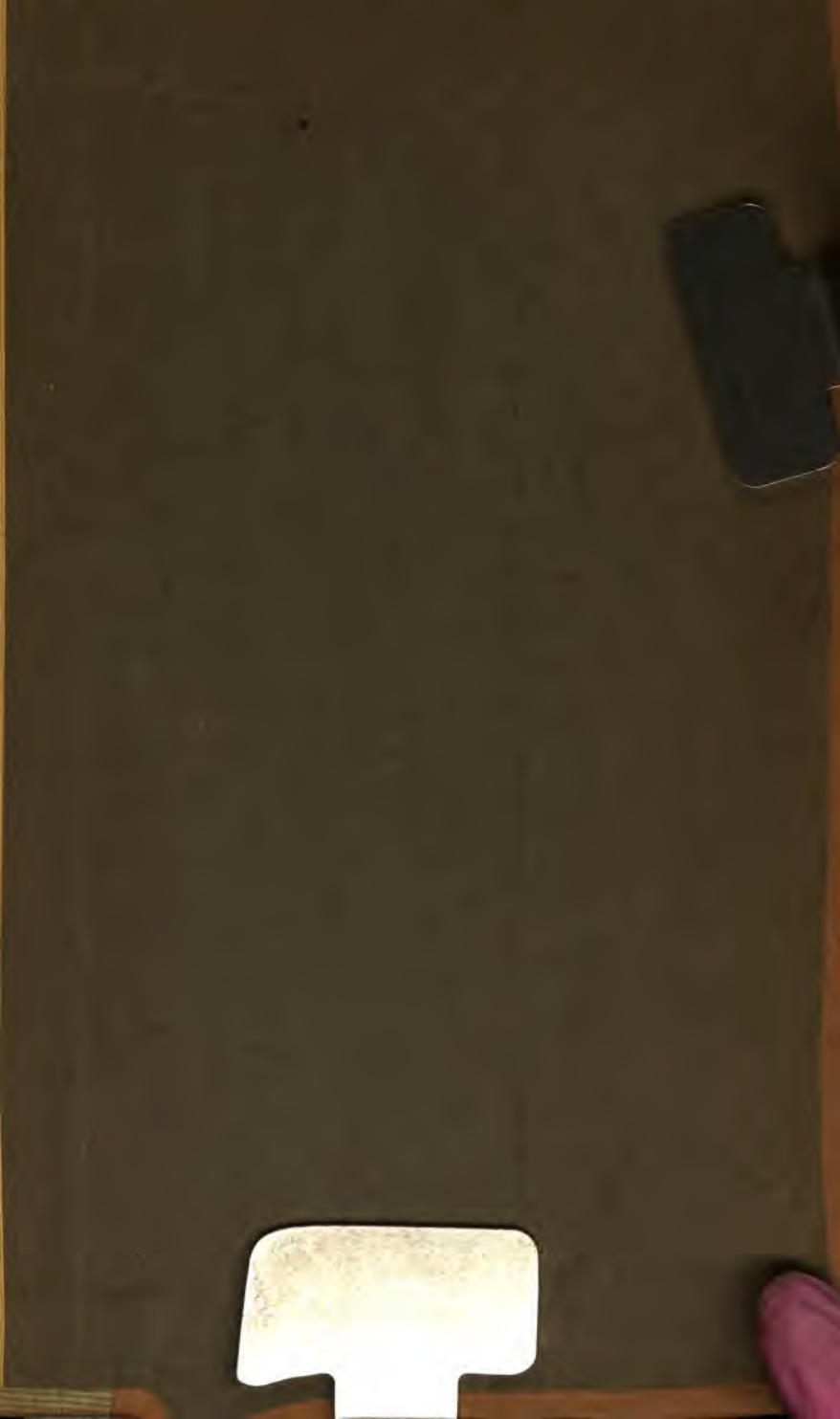
[79]) Fr. 3 §. 4 D. de aqua (43, 20); Fr. 1 §. ult., Fr. 2, 26 D. de aqua pluv. (39, 3); Fr. 3 pr. D. de loc. et itin. publ. (43, 7) und, um gleich hier die Stellen des kanonischen und germanischen Rechts anzuführen: C. 26 X. de V. S. (5, 40); C. I. in VIto de praescr. (2, 10); Aurea bulla VIII, 1; R. A. 1548 §. 56; 1756 §. 105.

O. I. §. 140) eine so gründliche Widerlegung gefunden, daß wir geradezu auf dieselbe verweisen können, um so mehr, als auch die meisten neueren angesehenen Rechtsgelehrten der diesseitigen Ansicht huldigen [80]). Wir tragen daher kein Bedenken uns, wenn gleich nach flüchtiger Untersuchung, dafür zu entscheiden, daß die unvordenkliche Zeit auch auf die Servituten ihre Anwendung finde, ein Satz, welcher längst in einer konstanten Praxis seine Anerkennung gefunden hat. [81]).

[80]) Wir führen blos an: Puchta, Pandekt. §. 77; Heumann, Handlexikon zu den Quellen des röm. Rechts: Vestustas 1, b.

[81]) Puchta, Pandekt. §. 77 Not. c. —

Man entschuldige die hie und da, besonders im zweiten und dritten Bogen, vorkommenden Druckfehler mit der Entferntheit des Verfassers vom Druckort. Unter Anderem ist zu verbessern:

S. 21 Z. 17 v. U. lies „diuturno“ statt „dioturno“;
S. 22 Z. 13 v. U. „ „diuturno“ „ „dioturno“;
S. 23 Z. 2 v. O. „ „jure“ „ „juro“;
S. 37 Z. 1 v. O. „ „Gerichten“ „ „Gerichts“;
S. 42 Z. 11 v. O. „ „wie den Römern statt „wie die Römer“;
S. 46 Z. 5 v. U. lies „Fr. 1 pr.“ statt „Fr. pr.“;
S. 47 Z. 5 v. O. „ „bedeutet „ „deutet“;
S. 47. Z. 6. v. O. lies „synonym“ statt „Synonim“. —

Druck von Ludwig Schürholz in Hildburghausen.